



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

2011/4

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: 727.000.11/4)

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

2011/4

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 2012

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	Surveillant 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

2011/4

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. Gebäudeversicherung Bern (GVB)	483
	2. Grafische Papiere	505
4.	Beratungen Conseils Consulenze	
	1. Benchmarking Hypothekarzinsmargen	517
B 2	Wettbewerbskommission Commission de la concurrence Commissione della concorrenza	
2.	Untersuchungen Enquêtes Inchieste	
	1. Terminierung Mobilfunk	522
	2. ASCOPA	529
3.	Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese	
	1. Bridgepoint/Infront	651
	2. PTT Chemical Public Company Limited/Cargill, Incorporated/NatureWorks LLC	652
	3. Galenica/Fresenius Medical Care	653
	4. Fluxys/Swissgas/Transitgas	666
	5. Fluxys/swissgas/Transitgas (Zwischenverfügung vorzeitiger Vollzug)	680
7.	Stellungnahme Préavis Preavviso	
	1. Vernehmlassung zur Agrarpolitik 2014 - 2017	683
	Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano)	686
	Index (deutsch, français e italiano)	688

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. Gebäudeversicherung Bern (GVB)

Schlussbericht vom 30.11.2011 in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend Gebäudeversicherung Bern (GVB) wegen allenfalls unzulässiger Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG

A Sachverhalt

A.1 Gegenstand der Vorabklärung

1. Die Schweiz kennt bei der Gebäudeversicherung ein duales System: 19 Kantone verfügen über ein rechtliches Monopol für die Versicherung von Gebäuden gegen Feuer- und Elementarschäden¹, wobei der Gegenstand der Feuer- und Elementarschadenversicherungen sowie die Organisation und die Aufgaben der mit der Versicherung beauftragten Anstalten jeweils durch das kantonale Recht geregelt werden. Sämtliche kantonalen Gebäudeversicherungen sind als öffentlich-rechtliche Anstalten konstituiert und in den Gemeinschaftsorganisationen der kantonalen Gebäudeversicherungen (KGV)², namentlich in der Vereinigung Kantonaler Feuerversicherungen (VKF) und dem Interkantonalen Rückversicherungsverband (IRV) zusammengeschlossen.

2. In den übrigen 7 Kantonen Genf, Uri, Schwyz, Tessin, Appenzell-Innerrhoden, Wallis und Obwalden (sog. GUSTAVO-Kantone) werden die Feuer- und Elementarschadenversicherungen durch private Versicherungsgesellschaften angeboten, sofern sie über eine entsprechende Bewilligung zum Betrieb dieses Versicherungszweiges verfügen. Für die Erteilung einer Bewilligung ist die eidgenössische Finanzmarktaufsichtsbehörde (FINMA) zuständig.³

3. In den GUSTAVO-Kantonen sind das Bundesgesetz betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen (Versicherungsaufsichtsgesetz; VAG)⁴ sowie die dazugehörige Verordnung über die Beaufsichtigung von privaten Versicherungsunternehmen (Aufsichtsverordnung; AVO)⁵ für die Bestimmung des Gegenstandes der Feuer- und Elementarschadenversicherungen sowie für die Organisation und die Aufgaben der Privatversicherer einschlägig. Das VAG enthält dabei eine besondere

Bestimmung zur Elementarschadenversicherungen. Danach dürfen von der FINMA beaufsichtigte Versicherungsgesellschaften das Feuerrisiko nur dann decken, wenn sie die Deckung von Elementarschäden in der Feuerversicherung miteinschliessen (Art. 33 VAG). Im Weiteren sehen die Art. 171 ff. AVO Bestimmungen zu den versicherten Schäden, dem Deckungsumfang sowie zu den geltenden Prämien und den nachzuführenden Statistiken vor.⁶

4. Im Kanton Bern basiert das Monopol auf Art. 4 des Gebäudeversicherungsgesetzes (GVG)⁷. Demgemäss ist die Feuer- und Elementarschadenversicherung sämtlicher im Kanton Bern gelegenen Gebäuden der Gebäudeversicherung Bern (GVB) vorbehalten. Entsprechend dem Leistungsauftrag nach Art. 5 GVG ist die GVB verpflichtet, die Gebäude im Kantonsgebiet zu versichern und für die Wahrung der Brandsicherheit und die Prävention von Feuer- und Elementarschäden zu sorgen. Sie muss dabei im Rahmen ihrer gesetzlich eingeschränkten Handlungsfreiheit eine marktgerechte Versicherungsdeckung zu möglichst günstigen Bedingungen anbieten. Daneben nimmt sie weitere, ihr vom Gesetz übertragene Aufgaben wahr.

¹ Als Elementarschäden gelten Schäden, die durch Hochwasser, Überschwemmungen, Sturm, Hagel, Lawinen, Schneedruck, Felssturz, Steinschlag oder Erdbeben verursacht werden.

² www.kgvonline.ch.

³ Die FINMA kann eine Betriebsbewilligung für einen oder mehrere Versicherungszweige erteilen. Im vorliegenden Fall müssen die Privatversicherer über die Bewilligung zum Betrieb des Versicherungszweiges B8 ("Feuer- und Elementarschäden") verfügen.

⁴ SR 961.01.

⁵ SR 961.011.

⁶ Zum Ganzen: RPW 2003/4, 741 ff., *Gebäudeversicherung in den liberalisierten Kantonen* (mit Hinweisen auf die altrechtlichen Bestimmungen des VAG und der aufgehobenen Verordnung über die Elementarschadenversicherung).

⁷ BSG 873.11.

5. Die GVB ist eine selbständige Anstalt des öffentlichen Rechts mit eigener Rechtspersönlichkeit (Art. 3 GVG). Sie untersteht der Aufsicht des Regierungsrates des Kantons Bern (Art. 57 GVG).

6. Bereits unter dem Gebäudeversicherungsgesetz vom 6. Juni 1971 (aGVG) konnte die GVB Zusatzdeckungen anbieten: Art. 4 aGVG sah vor, dass die Eigentümer von gebäudeähnlichen Objekten⁸ diese freiwillig versichern lassen konnten. Allerdings durfte dieser Zusatz von Gesetzes wegen lediglich bei der GVB abgeschlossen werden. Zudem ermächtigte Art. 49 aGVG die GVB, geeignete Massnahmen zur Verbesserung der gesetzlichen Versicherungsabdeckung oder der entsprechenden Versicherungsleistungen zu ergreifen.⁹

7. 1993 führte die GVB das Produkt "GVB Plus" ein. Es handelt sich dabei um ein Bündel von Zusatzdeckungen, welches den Versicherungsschutz auf gebäudeähnliche Objekte sowie auf die Umgebung von Gebäuden erweitert. 2001 ergänzte die GVB das Angebot an freiwilligen Zusatzversicherungen mit dem Produkt "GVB Top". Dieses Produkt enthält Mehrleistungen, welche die obligatorische Deckung erweitern und Versicherungsleistungen verbessern sollen.¹⁰ Mit der Lancierung von "GVB Top" ermöglichte die GVB auch eine Kombination der beiden Produkte ("GVB Plus Top").¹¹

8. Das GVG wurde im Jahre 2010 totalrevidiert. Mit der Revision erweiterte der kantonale Gesetzgeber den unternehmerischen Handlungsspielraum der GVB. So erlaubt Art. 44 GVG, dass die GVB in Ergänzung zu den bisherigen auch andere freiwillige Zusatzversicherungen anbietet. Es handelt sich dabei um Versicherungen

- für gebäudeähnliche Objekte (Bst. a),
- zur Verbesserung der obligatorischen Deckungen und Leistungen (Bst. b),
- für die Umgebung von Gebäuden (Bst. c),
- zur Deckung nach Art. 24 GVG ausgeschlossener Schäden (Bst. d) und
- zur Deckung von Wasserschäden an Gebäuden (Bst. e).

9. Zudem wird der GVB vom Gesetzgeber gestattet, bestimmte Nebentätigkeiten auszuüben, soweit diese in einem Zusammenhang mit ihrer Haupttätigkeit stehen (Art. 7 GVG). Zu diesen Nebentätigkeiten gehören:

- die Schadenabwicklung für Dritte (Bst. a),
- das Erbringen von Dienstleistungen im Infrastrukturbereich (Bst. b),
- Beratungen in der Schadenprävention (Bst. c) und
- die Schätzung von Gebäuden (Bst. d).

10. Währenddem sämtliche Nebentätigkeiten zwingend durch selbständige Gesellschaften zu betreiben sind¹², besteht bei den Zusatzversicherungen eine solche Pflicht von Gesetzes wegen nur für die Deckung von Wasserschäden an Gebäuden¹³. In der Gebäudeversicherungsverordnung (GVV)¹⁴ hat der Regierungsrat des Kantons Bern diese Pflicht jedoch – mit Ausnahme der Versicherungen für gebäudeähnliche Objekte¹⁵ – auf sämtliche übrigen Zusatzversicherungen ausgedehnt.¹⁶

11. Zur Erfüllung der gesetzlichen Vorgaben hat die GVB zwei Tochtergesellschaften gegründet, die GVB Privatversicherungen AG (nachfolgend: GVB PVAG) und die GVB Services AG (nachfolgend: GVB SAG). Über einen Dienstleistungsvertrag wird die GVB künftig den beiden Tochtergesellschaften verschiedene Dienstleistungen zur Verfügung stellen. Umgekehrt werden auch die Tochtergesellschaften konzerninterne Dienstleistungen erbringen (vgl. Rz 19 ff.). Die von der GVB geplante Organisationsstruktur¹⁷ sieht wie folgt aus:

⁸ Bei den gebäudeähnlichen Objekten handelt es sich um bauliche Erzeugnisse ausserhalb eines Gebäudes wie z.B. Schwimmbecken, Gartenlauben, Mauern, Treppen, Brunnen oder Silos.

⁹ Schreiben der GVB vom 3.3.2011, S. 2.

¹⁰ Die GVB bezeichnet in ihrer Kundeninformation das Produkt "GVB Plus" als *Umgebungsversicherung*, und "GVB Top" als *erweiterte Objektversicherung*: [http://www.gvb.ch/gvb/de/versichern.Related.51140.DownloadFile.tmp/allgemeine_versicherungsbedingungen_\(avb\)_-1.1.2008_de](http://www.gvb.ch/gvb/de/versichern.Related.51140.DownloadFile.tmp/allgemeine_versicherungsbedingungen_(avb)_-1.1.2008_de) (zuletzt besucht am: 30.9.2011).

¹¹ Eine Übersicht zu diesen Produkten befindet sich im Anhang.

¹² Art. 7 Abs. 3 GVG.

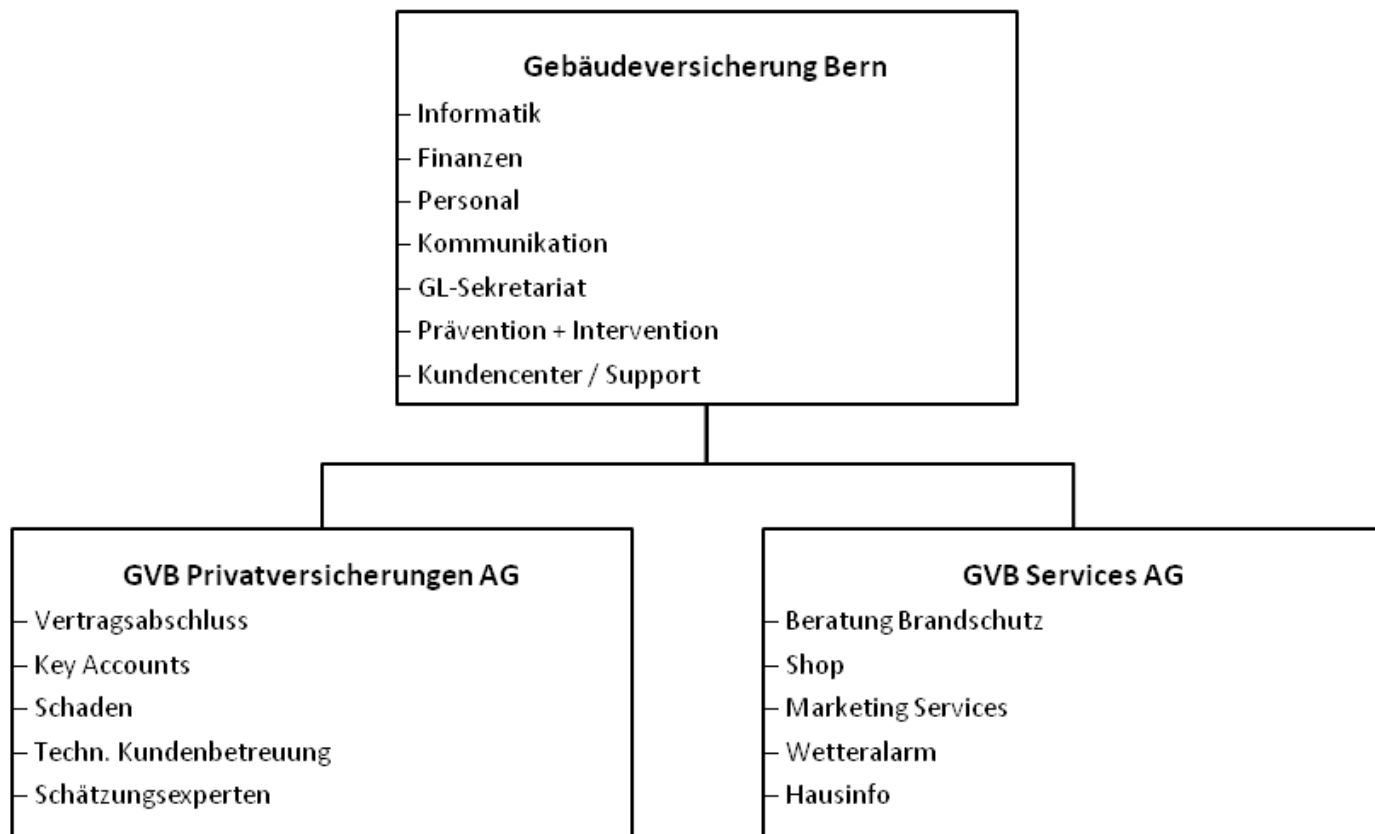
¹³ Art. 45 Abs. 3 GVG.

¹⁴ BSG 873.111.

¹⁵ Art. 16 GVV.

¹⁶ Art. 14 Abs. 2 GVV. Die GVB hat sich im Rahmen einer Erklärung (vgl. Rz 167) gegenüber dem Sekretariat verpflichtet, auch die Zusatzversicherungen für gebäudeähnliche Objekte künftig ausschliesslich über die GVB PVAG anzubieten.

¹⁷ Schreiben der GVB vom 3.3.2011, S. 12 f.



Quelle: GVB

12. Gemäss Handelsregistereintrag bezweckt die GVB PVAG hauptsächlich die Versicherung von Gebäuden, von gebäudeähnlichen Objekten sowie der Umgebung von Gebäuden zur Deckung von Wasserschäden, zur Verbesserung von Deckungen und Leistungen der GVB und zur Deckung anderweitiger Schäden an diesen Objekten. Zudem wird sie u.a. Dienstleistungen zugunsten der GVB erbringen (vgl. Rz 21).¹⁸

13. Die GVB PVAG untersteht für ihre Tätigkeit dem VAG und damit der Aufsicht durch die FINMA. Es ist zudem vorgesehen, dass die GVB PVAG nach Erteilung der Betriebsbewilligung durch die FINMA¹⁹ den Versicherungsbestand aus den bisherigen Zusatzversicherungen "GVB Plus" und "GVB Top" von der GVB übernehmen wird (im Detail siehe unten Rz 16).²⁰

14. Zweck der GVB SAG ist die Erbringung von Dienstleistungen, soweit diese mit den im GVG festgelegten Haupttätigkeiten der GVB im Zusammenhang stehen. Dazu gehören namentlich die Schadenabwicklung für Dritte, die Erbringung von Dienstleistungen im Infrastrukturbereich, die Beratung in der Schadenprävention und die Schätzung von Gebäuden.²¹

15. Auch die GVB SAG wird künftig Dienstleistungen im Auftrag der GVB und der GVB PVAG erbringen, bezieht gleichzeitig aber auch bestimmte Dienste der GVB (vgl. Rz 19 und 22).

16. Da die GVB aufgrund der regulatorischen Vorgaben gezwungen ist, die freiwilligen Zusatzversicherungen an selbständige Tochtergesellschaften auszulagern (vgl. oben Rz 10), beabsichtigt die GVB PVAG, im Rahmen einer Sachübernahme die gesamten Versicherungsbestände betreffend der beiden Produkte "GVB Plus" und "GVB Top" (inklusive Kombiangebot) unter Beibehaltung der bisher geltenden Konditionen zu übernehmen. Der Preis für den mit der Übertragung verbundenen Goodwill beträgt CHF [...].²²

¹⁸ Eintrag vom 23.12.2010 im Handelsregister des Kantons Bern (siehe unter: www.zefix.ch; zuletzt besucht am 30.9.2011).

¹⁹ Mit Verfügung vom 6. Juli 2011 erteilte die FINMA der GVB PVAG die Bewilligung zum Betrieb eines Versicherungsunternehmens. Gegen die Erteilung der Betriebsbewilligung wurde beim Bundesverwaltungsgericht eine Verwaltungsbeschwerde eingereicht. Das Verfahren ist derzeit noch hängig (Stand 11.10.2011).

²⁰ Schreiben der GVB vom 24.1.2011, S. 2.

²¹ Eintrag vom 23.12.2010 im Handelsregister des Kantons Bern (siehe unter: www.zefix.ch; zuletzt besucht am 30.9.2011).

²² Schreiben der GVB vom 24.1.2011, S. 4 und vom 18.8.2011, S. 3.

17. Die Sachübernahme ist als Bestandesübertragung nach Art. 62 VAG zu vollziehen. Eine solche bedarf der Bewilligung durch die FINMA, wobei die Aufsichtsbehörde die Bedingungen hierzu festlegen kann.²³ Die Versicherten müssen zudem innerhalb von 30 Tagen nach erteilter Bewilligung durch das übernehmende Versicherungsunternehmen, in casu also durch die GVB PVAG, von der Bestandesübertragung informiert werden. Sie erhalten dadurch die Gelegenheit, vom dreimonatigen Kündigungsrecht nach Art. 62 Abs. 3 VAG Gebrauch zu machen.²⁴

18. Damit die Bestandesübertragung nach Ablauf des Kündigungsrechts der Versicherten vollzogen werden kann, müssen die von der GVB gesammelten Gebäudedatensätze an die GVB PVAG übertragen werden.²⁵ Zu diesem Zweck haben die beiden Unternehmen einen Lizenzvertrag geschlossen, wonach die GVB ihrer Tochtergesellschaft das Recht erteilt, diese Gebäudedatensätze und die bereits im Voraus transferierten Adresssätze gegen eine Entschädigung zu nutzen. Zudem verpflichtet sich die GVB, Änderungen der Datenbasis regelmässig bekannt zu geben. Im Gegenzug anerkennt die GVB PVAG, der GVB eine pauschale Lizenzgebühr von CHF [...] für die initiale Nutzung während dem ersten Jahr und eine pauschale Lizenzgebühr von jährlich CHF [...] für die künftige Nutzung zu bezahlen.²⁶ Die Festlegung der Lizenzgebühren basiert dabei auf einer GVB-internen Bewertung, deren Methodik in Bezug auf die Anwendung und technische Korrektheit von PricewaterhouseCoopers AG beurteilt und als geeigneter Ansatz betrachtet worden ist.²⁷

19. Zwecks Vermeidung von "unnötigen und damit betriebswirtschaftlich ineffizienten Doppelspurigkeiten" hat die GVB mit der GVB PVAG und der GVB SAG einen gemeinsamen Dienstleistungsvertrag abgeschlossen. Danach sollen sich die Konzerngesellschaften gegenseitig Dienstleistungen zur Verfügung stellen.²⁸

20. Gemäss Vertrag erbringt die GVB ihren beiden Tochtergesellschaften gegenüber die folgenden Dienstleistungen:

- Finanzen (Buchhaltung, Inkasso, Controlling),
- Asset Management,
- IT,
- Personal,
- Kommunikation,
- Kundencenter & Support,
- Logistik und
- Vermietung von Büroräumlichkeiten.²⁹

21. Die GVB PVAG ihrerseits erbringt gegenüber der GVB³⁰ die Dienstleistungen:

- Produktion (Produktentwicklung, Vertrieb, Risikozeichnung),
- Bestandesverwaltung (Policenverwaltung),
- Schadenregulierung und
- Grosskundenbetreuung.

Im Rahmen des Dienstleistungsvertrages wird künftig die GVB PVAG im Auftragsverhältnis für die GVB auch die objektspezifischen Daten bei den Versicherungsnehmern sowie bei Dritten erheben.³¹ Produktion und Bestandesverwaltung werden jedoch sowohl im System, als auch auf der Police und in der entsprechenden Korrespondenz klar getrennt. Auch bei der Schadenregulierung, welche von der GVB PVAG zugunsten der GVB erbracht wird, soll nach Leistung und Leistungserbringer getrennt werden.³²

22. Die GVB SAG erbringt an die GVB und die GVB PVAG die Dienstleistungen:

- Marketing,
- Betrieb Internetplattform Hausinfo,
- Betrieb Wetteralarm und
- Shop.

Darüber hinaus übernimmt die GVB SAG für die GVB auch die Abnahme des technischen Brandschutzes.³³

23. Die Buchhaltung, das Controlling und auch das Inkasso werden zwar gemäss Dienstleistungsvertrag von der GVB für alle Konzerngesellschaften erbracht, jedoch werden alle Gesellschaften eigene Buchungskreise, Inkassoprozesse und separate Controlling-Prozesse führen.³⁴

²³ Art. 62 Abs. 1 und 2 VAG.

²⁴ Die GVB PVAG erhält hierzu von der GVB die Adresssätze sämtlicher, von der Bestandesübertragung betroffener Versicherter (Schreiben der GVB vom 18.8.2011, S. 2).

²⁵ Zu den Gebäude- respektive objektspezifischen Daten gehören gemäss GVB der Standort des Objekts (Gemeinde, Strasse, Gebäudenummer), die Versicherungssumme, das Gebäudevolumen, das Baujahr sowie weitere zur Risikobeurteilung nützliche Angaben wie z.B. Bauart, Blitzschutz oder Brandmeldeanlage. Zu den Adresssätzen zählt die GVB den Namen und die Adresse des Objekteigentümers oder – sofern vorhanden – des Objektverwalters sowie deren Zahlungsverbindungen. Diese Daten werden entweder von der GVB direkt im Rahmen des Vertragsabschlusses mit dem Versicherungsnehmer, aufgrund der Informationspflicht nach Art. 24 GVV von Behörden (Gemeinden, Grundbuchämter, Strafverfolgungsbehörden) oder durch die Mitarbeitenden (Sachbearbeiter, Schätzungsexperten, technische Kundenbetreuer etc.) der GVB erhoben (Schreiben der GVB vom 3.3.2011, S. 3).

²⁶ Schreiben der GVB vom 24.1.2011, S. 4, sowie Beilage 5 (Lizenzvertrag), S. 3.

²⁷ Schreiben der GVB vom 24.1.2011, S. 4 und Beilage 9 (Schreiben PricewaterhouseCoopers AG vom 13.1.2011; provisorische Bewertung); Beilage (Bewertung GVB Privatversicherungen AG per 1.7.2011) zur E-Mail der GVB vom 14.6.2011 (Bericht des Wirtschaftsprüfers an den Verwaltungsrat zu Wertüberlegungen zur GVB Privatversicherungen AG per 1. Juli 2011; definitive Bewertung).

²⁸ Schreiben der GVB vom 24.1.2011, Beilage 4 und Dienstleistungsvertrag vom 8.6.2011.

²⁹ Schreiben der GVB vom 24.1.2011, Beilage 4 und Dienstleistungsvertrag vom 8.6.2011.

³⁰ Gemäss dem derzeit geltenden Dienstleistungsvertrag erbringt die GVB PVAG gegenüber der Schwestergesellschaft GVB SAG keine Dienstleistungen.

³¹ Schreiben der GVB vom 24.1.2011, Beilage 4 und Dienstleistungsvertrag vom 8.6.2011 sowie Schreiben vom 3.3.2011, S. 9.

³² Schreiben der GVB vom 3.3.2011, S. 13.

³³ Schreiben der GVB vom 24.1.2011, Beilage 4 und Dienstleistungsvertrag vom 8.6.2011.

³⁴ Schreiben der GVB vom 3.3.2011, S. 13.

24. Der Dienstleistungsvertrag bestimmt auch die Zuordnung der bei den einzelnen Leistungserbringern anfallenden Kosten: Direkte Kosten werden den drei beteiligten Gesellschaften ohne Gewinnzuschlag nach entsprechenden Kostenstellen zugeteilt. Bei der GVB anfallende indirekte Kosten werden nach dem Kopfprinzip auf die drei Gesellschaften verteilt, wobei die GVB bei den an die Tochtergesellschaften weiterverrechneten Kosten einen Gewinnzuschlag von [...] % erheben darf. Die bei der GVB SAG anfallenden Kosten für ihre Dienstleistungen, welche sie für die GVB und die GVB PVAG erbringt, werden im Verhältnis der Anzahl Mitarbeitenden aufgeschlüsselt und ebenfalls mit einem Gewinnzuschlag von [...] % weiterbelastet. Kosten der GVB PVAG für Dienstleistungen an die GVB werden aufgrund der Prämien für eigene Rechnung auf die beiden Gesellschaften aufgeteilt und gegenüber der GVB mit einem Gewinnzuschlag von [...] % weiterverrechnet.³⁵

25. Gemäss GVB wird durch die vertraglich festgelegte Regelung der Entschädigungen für die anfallenden Kosten und die Erhebung von Gewinnzuschlägen sichergestellt, dass die erbrachten Dienstleistungen gegenseitig "at arm's length" zur Verfügung gestellt und im Sinne von Art. 14 Abs. 3 GVV nach kaufmännischen Grundsätzen verrechnet werden.³⁶

26. Mit der Gründungsbilanz der GVB PVAG und der Bewertung der Aktiven und Passiven wurde auch der Dienstleistungsvertrag der Steuerverwaltung des Kantons Bern zur Prüfung unter dem Gesichtspunkt der steuerlichen Angemessenheit nach dem Grundsatz "dealing at arm's length" vorgelegt. Im Rahmen des tax rulings wurden die Entschädigungen geprüft und von der Steuerbehörde genehmigt.³⁷

27. Sodann besteht zwischen der GVB und der GVB PVAG ein Kapitalanlagen-, Verwaltungs- sowie ein Kontokorrentkreditvertrag. Mit Ersterem erteilt die GVB PVAG der Muttergesellschaft den Auftrag, ihre gesamten Kapitalanlagen gegen Entschädigung zu verwalten.³⁸ Mit dem Kontokorrentkreditvertrag gewährt die GVB der Tochtergesellschaft einen Kontokorrentkredit im Umfang von maximal CHF [...], wobei der jährlich massgebende Zinssatz dem steuerlichen Höchstzinssatz für Betriebskredite im Kanton Bern entsprechen soll.³⁹

28. Die drei Gesellschaften werden jeweils unter ihrer Firma "Gebäudeversicherung Bern (GVB)", "GVB Privatversicherungen AG" und "GVB Services AG" auftreten. Als Dachmarke für die Gruppe soll die Wort-/Bildmarke "GVB (mit Logo) – Wir versichern Ihr Gebäude" hinterlegt werden.⁴⁰

29. Es ist geplant, dass in einer ersten Phase zusätzlich zu den beiden bisher angebotenen Produkten "GVB Plus" und "GVB Top" auch Deckungen für die Risiken [...] angeboten werden. Später soll geprüft werden, ob auch noch andere Zusatzversicherungen im Sinne von Art. 44 GVG angeboten werden können.⁴¹

30. Zudem ist vorgesehen, dass sämtliche Mitarbeiter aller drei Konzerngesellschaften einer intensiven Schulung unterzogen werden. Zu diesem Zweck wurde ein Compliance Programm ausgearbeitet, mit welchem ein kartellrechtskonformes Verhalten der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter sichergestellt werden soll. Dessen Um-

setzung soll regelmässig mittels Audits überprüft werden.⁴²

31. Sowohl der Regierungsrat wie auch die GVB haben die Gesetzesrevision begrüsst mit dem Ziel, die infolge zahlreicher Elementarereignisse stark steigenden Schadenssummen zu bewältigen, in dem die GVB ihr Risiko diversifizieren und sich eine breiter abgestützte finanzielle Basis schaffen kann. Insbesondere soll dadurch auch die bisher bestehende Deckungslücke bei Grundwasserschäden oder Kombinationsschäden (gleichzeitiges Eindringen von Oberflächenwasser, Grundwasser und Rückstau) geschlossen werden. Bisher hatte die GVB solche Deckungen aus Kulanz und ohne entsprechende Prämieinnahmen übernommen.⁴³

32. Ausserhalb des kantonalen Monopolbereichs bieten zahlreiche Privatversicherungsgesellschaften Produkte rund um den Schutz von Gebäuden und gebäudeähnlichen Objekten an. Solche Versicherungen werden oftmals in Kombination mit anderen Versicherungsprodukten wie bspw. Hausratversicherung oder Privathaftpflichtversicherung angeboten.

A.2 Verfahren

33. Mit Schreiben vom 8. Juli 2010 informierte die GVB das Sekretariat der WEKO über die Gründung zweier Tochtergesellschaften und die Übertragung der Zusatzversicherungen auf eine dieser Tochtergesellschaften. Auf Ersuchen der GVB fand am 20. August 2010 zudem ein Treffen mit dem Sekretariat statt. Anlässlich dieses Treffens erläuterte die GVB nochmals mündlich das geplante Projekt und nahm auch zu verschiedenen Fragen des Sekretariats zur bisherigen Tätigkeit der GVB und zu den Wettbewerbsverhältnissen im Zusatzversicherungsbereich Stellung.

³⁵ Schreiben der GVB vom 24.1.2011, Beilage 4 und Dienstleistungsvertrag vom 8.6.2011.

³⁶ Schreiben der GVB vom 3.3.2011, S. 11.

³⁷ Schreiben der GVB vom 3.3.2011, S. 11.

³⁸ Schreiben der GVB vom 24.1.2011, Beilage 6 (Kapitalanlagen-Verwaltungsvertrag).

³⁹ Schreiben der GVB vom 24.1.2011, Beilage 7 (Kontokorrentkreditvertrag).

⁴⁰ Schreiben der GVB vom 3.3.2011, S. 14.

⁴¹ Schreiben der GVB vom 3.3.2011, S. 7.

⁴² Schreiben der GVB vom 24.1.2011, S. 3.

⁴³ Vgl. dazu das Referat von Andreas Rickenbacher, Volkswirtschaftsdirektor des Kantons Bern, anlässlich der Eintretensdebatte im Grossen Rat des Kantons Bern vom 25. Januar 2010 in: Tagblatt des Grossen Rates des Kantons Bern, Januarsession vom 18. bis 27. Januar 2010, Jahrgang 2010, S. 135 f.

34. Am 14. Dezember 2010 erhielt das Sekretariat den Hinweis eines Privatversicherers, wonach die GVB im Informationsschreiben, das beim Versand der Jahresrechnung für die obligatorische Gebäudeversicherung vom November 2010 beigelegt worden war, gleichzeitig auf die neue Gebäudewasserversicherung hinweise und ebenfalls die neuen Tochtergesellschaften bewerbe.

35. Das Sekretariat ersuchte die GVB mit Schreiben vom 16. Dezember 2010 um eine Stellungnahme zum Vorbringen des Privatversicherers sowie um Beantwortung von Fragen zum Vorgehen und zur Übertragung von Kundendaten aus dem Monopolbereich an die Tochtergesellschaften respektive an Drittanbieter von Zusatzversicherungen.

36. Auf Verlangen des Schweizerischen Versicherungsverbandes (SVV) fand zudem am 19. Januar 2011 ein Treffen mit dem Sekretariat statt. Dabei brachte der SVV mündlich vor, durch die Gründung von zwei Tochtergesellschaften und die Übertragung der Zusatzversicherungen auf die GVB PVAG entstehe eine erhebliche Wettbewerbsverzerrung im Markt für Gebäudezusatzversicherungen. Das Vorgehen erlaube der GVB insbesondere, ihre Monopolstellung auch auf den Gebäudezusatzversicherungsbereich auszuweiten.

37. Am 24. Januar 2011 reichte die GVB ihre Stellungnahme sowie die Antworten auf die Fragen des Sekretariats ein. Mit der Eingabe wurden auch zahlreiche Beilagen, so unter anderem die geltenden Rechtsgrundlagen, die zwischen der Mutter- und den Tochtergesellschaften abgeschlossenen Lizenz- und Dienstleistungsverträge sowie eine Bewertung der Kundenliste mit den Gebäudedaten- und den Adresssätzen eingereicht.

38. Im Nachgang zum Treffen vom 19. Januar 2011 nahm der SVV am 2. Februar 2011 noch schriftlich Stellung zum Sachverhalt und beantragte die Eröffnung einer Vorabklärung oder einer Untersuchung gegen die GVB. Für den Fall der Eröffnung einer Untersuchung ersuchte der SVV gleichzeitig um Gewährung der Parteistellung.

39. Anlässlich eines weiteren Treffens, welches am 10. Februar 2011 stattfand, orientierte das Sekretariat die GVB über seine wettbewerbsrechtlichen Bedenken hinsichtlich des geplanten Vorhabens. Weiter orientierte das Sekretariat die GVB auch über die bevorstehende Eröffnung einer Vorabklärung.

40. Am 11. Februar 2011 eröffnete das Sekretariat eine Vorabklärung gegen die GVB und stellte ihr zeitgleich ein Auskunftsbegleichen zu. In der Folge befreite die GVB zwecks Informationsaustauschs sowohl die Wettbewerbsbehörden als auch die FINMA und die Steuerverwaltung des Kantons Bern vom Amtsgeheimnis.

41. Das Antwortschreiben zum Auskunftsbegleichen des Sekretariats stellte die GVB mit Datum vom 3. März 2011 zu. Zudem reichte sie mit Schreiben vom 24. März 2011 zahlreiche Unterlagen zum Tax Ruling vor der Steuerverwaltung des Kantons Bern nach.

42. Mit Schreiben vom 20. Mai 2011 versandte das Sekretariat Auskunftsbegleichen an neun grosse Sachversicherer⁴⁴, deren Antworten zwischen Mitte Juni und Mitte Juli 2011 eintrafen.

43. Am 6. Juli 2011 fand eine weitere Sitzung mit der GVB statt. Dabei konfrontierte das Sekretariat die GVB mit den bis zu diesem Datum bereits eingegangenen Vorbringen aus den Antworten der Privatversicherer, insbesondere aber zum geplanten Vorgehen bei der Bestandesübertragung, zur beabsichtigten Auslagerung von Geschäftsprozessen der GVB an die GVB PVAG, zu Fragen einer möglichen Quersubventionierung und zum Auftritt unter der gemeinsamen Dachmarke. Darauf folgend forderte das Sekretariat mit Schreiben vom 12. August 2011 die GVB auf, zusätzliche Fragen im Zusammenhang mit der Bestandesübertragung zu beantworten.

44. Zwischenzeitlich gelangte die Schweizerische Mobiliar Versicherungsgesellschaft AG (Mobiliar) mit Schreiben vom 2. August 2011 an das Sekretariat. Darin machte die Mobiliar geltend, dass die vom bernischen Gesetzgeber gewollte Trennung zwischen der obligatorischen Feuer- und Elementarschadenversicherung einerseits und den nach Art. 44 GVG vorgesehenen Zusatzversicherungen andererseits mangels einer klaren Kompetenzverteilung zwischen der Monopolanstalt und der GVB PVAG zu einer erheblichen Wettbewerbsverzerrung führe.

45. Per E-Mail vom 23. August 2011 wurde dem Sekretariat sodann die Kopie einer gemeinsamen Beschwerdeschrift der Mobiliar, der Emmentalischen Mobiliar Versicherungs-Genossenschaft (emmental versicherung) und dem SVV eingereicht. Die Beschwerde richtet sich gegen die Verfügung der FINMA vom 6. Juli 2011 auf Erteilung einer Betriebsbewilligung zugunsten der GVB PVAG. Die drei Beschwerdeführerinnen ersuchen darin das Bundesverwaltungsgericht hauptsächlich um Aufhebung, eventualiter um Rückweisung der Verfügung der FINMA zur Neuurteilung sowie um Gewährung von Parteirechten in einem erneuten Bewilligungsverfahren. Begründet wird die Beschwerde insbesondere mit der angeblich rechtsunzulässigen Trennung zwischen der Monopolversicherung der GVB und den im Wettbewerb von der GVB PVAG anzubietenden Zusatzversicherungen.

46. Am 24. respektive 25. August 2011 orientierte die GVB ihrerseits per E-Mail das Sekretariat über die beim Bundesverwaltungsgericht eingereichte Stellungnahme zur Beschwerde und stellte ihm eine Kopie des Schriftsatzes zu. Darin beantragt sie dem Bundesverwaltungsgericht, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten respektive diese sei abzuweisen. Weitere Eingänge von Schriften der Beschwerdeführer zum laufenden Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht konnten am 13., 14., und am 28. September 2011 verzeichnet werden. Zudem unterstrichen der SVV mit Schreiben vom 19. und die Mobiliar mit Schreiben vom 23. September nochmals ihre Standpunkte.

⁴⁴ Befragt wurden die Allianz Suisse Versicherungs-Gesellschaft AG, AXA-Versicherungen AG, Basler Versicherungen AG, Emmentalische Mobiliar Versicherungs-Genossenschaft, Helvetia Schweizerische Versicherungsgesellschaft AG, Schweizerische Hagel-Versicherungsgesellschaft, Schweizerische Mobiliar Versicherungsgesellschaft AG, Schweizerische National-Versicherungs-Gesellschaft AG, Zürich Versicherungs-Gesellschaft AG.

47. Mehrere Sitzungen fanden auch mit der FINMA statt, so am 31. März, 5. August und 2. September 2011. Die FINMA orientierte das Sekretariat dabei jeweils über den Stand des Verfahrens auf Erteilung einer Betriebsbewilligung sowie über das Verfahren betreffend Bestandesübertragung.

48. Anlässlich der Sitzung vom 8. September 2011 willigte die GVB schliesslich ein, verschiedene Anregungen des Sekretariats zur Verbesserung der wettbewerblichen Situation im Bereich der freiwilligen Gebäudezusatzversicherungen und den Nebentätigkeiten zu prüfen. In der Folge unterbreitete die GVB dem Sekretariat einen Vorschlag für eine Verpflichtungserklärung. Die definitive Version wurde mit Schreiben vom 29. November 2011 eingereicht. Deren Inhalt ist in Rz.167 wiedergegeben.

A.3 Stellungnahmen des SVV und der Privatversicherer

49. Der SVV hatte bereits anlässlich des Gespräches vom Januar Gelegenheit, mündlich zum Vorhaben der GVB Stellung zu nehmen. Im darauffolgenden Schreiben vom 2. Februar 2011 hatte er seine Vorbehalte noch weiter konkretisiert. Dabei kritisierte der Verband insbesondere, dass u.a. die Gebäudeversicherungen der Kantone Bern, Aargau, Basel-Land und Glarus seit mehreren Jahren auch Produkte ausserhalb des Monopolbereiches anbieten und somit den Wettbewerb mit der Privatassekuranz verzerren würden. Da diese Produkte sehr stark mit dem Monopol in der Feuer- und Elementarschadenversicherung verbunden seien und die Gebäudeversicherungen aufgrund ihrer Monopolstellung bedeutende Marktdaten hätten gewinnen können, sei der Marktzutritt für die Privatversicherer in diesem Bereich bisher faktisch ausgeschlossen gewesen.⁴⁵

50. Weiter führte der SVV aus, durch eine Ausweitung der Tätigkeit versuchten einzelne kantonale Gebäudeversicherer, die Marktabschottung noch weiter auszuweiten. Dies sei – wie der vorliegende Fall exemplarisch zeige – deshalb möglich, weil die aus dem Monopolbereich stammenden Daten wie z.B. Name und Adresse der Eigentümer, Handänderungen, Grundbuchdaten etc. zur Akquisition von Zusatzversicherungen verwendet würden.⁴⁶

51. In Bezug auf die GVB monierte der SVV, das geplante Vorhaben führe zu wettbewerbsverzerrenden Vorteilen für die Tochtergesellschaft GVB PVAG. So könne beispielsweise die Firma der Tochtergesellschaft zu einer wohl gewollten Verwechslung mit der Monopolversicherung führen, um so mehr als auch der Verwaltungsrat und die Geschäftsleitung der GVB identisch seien mit den Leitungsorganen der Tochtergesellschaften. Eine solche personelle Verflechtung sei aber zu verbieten, weil sie zu einem in kartellrechtlicher Hinsicht unzulässigen Know how-Transfer führe. Im weiteren ermögliche die geplante Bestandesübertragung der Zusatzversicherungen eine missbräuchlich erworbene Vorzugsstellung der Tochtergesellschaft. Ausserdem beanstandete der SVV, die GVB habe anlässlich einer Kundeninformation vom November 2010 Werbung für die künftige Tätigkeit der GVB PVAG betrieben, in dem sie ein kombiniertes Angebot für die Gebäudeversicherung und eine Zusatzversicherung angekündigt habe.⁴⁷

52. Schliesslich hielt der SVV fest, dass er den Markteintritt neuer Wettbewerber zwar begrüsse, der Marktzugang der GVB respektive deren Tochtergesellschaft GVB PVAG aufgrund der Monopolstellung aber an bestimmte Voraussetzungen zu knüpfen sei, damit es zu keiner Wettbewerbsverzerrung komme. Diese Voraussetzungen umfassen nach Ansicht des SVV den folgenden Forderungskatalog⁴⁸:

- Die aus der Monopolversicherung stammenden Daten müssen Dritten zu den gleichen Konditionen wie der GVB PVAG zur Verfügung gestellt werden;
- Die von der GVB den Tochtergesellschaften zur Verfügung gestellten Dienstleistungen und Infrastrukturen dürfen nur "at arm's length" und somit zu Marktpreisen zur Verfügung gestellt werden;
- Den Privatversicherern ist der Vertrieb der Feuer- und Elementarschadenversicherung ebenfalls zu gestatten, damit diese gegenüber ihren Kunden eine Paketlösung anbieten können;
- Das kantonale Gebäudeschätzungswesen ist neu zu ordnen und die GVB muss die Privatversicherer zu Gebäudeschätzungen zulassen;
- Werbemassnahmen dürfen nicht über die Werbe- bzw. Vertriebskanäle der GVB erfolgen, insbesondere dürfen auch Gebäudeschätzer, welche ihren Auftrag im Rahmen der Monopolversicherung ausüben, nicht aktiv für die Zusatzdeckungen der GVB PVAG Werbung betreiben;
- Es ist zu prüfen, ob die personelle Identität zwischen den Verwaltungsräten und den Geschäftsleitungen zu einer Wettbewerbsverzerrung führe.

53. Im Hinblick auf die Bestandesübertragung bei den Zusatzversicherungen verlangte der SVV, dass die Übertragung "per se" zu untersagen sei, weil dies sonst zu einem Behinderungsmissbrauch durch die GVB führe. Allenfalls sei das Portefeuille analog einer öffentlichen Ausschreibung dem freien Verkauf zuzuführen. Im Falle einer Übertragung an die Tochtergesellschaft sei aber mindestens zu prüfen, ob der Wert des Portefeuilles nach Marktprinzipien berechnet worden sei.⁴⁹

54. Sämtliche vom Sekretariat befragten Privatversicherer äusserten sich ähnlich zum Vorhaben der GVB wie der SVV und kritisierten generell, das geplante Vorhaben führe zu einer Wettbewerbsverzerrung zugunsten der Monopolistin und zu Lasten der Privatassekuranz.

⁴⁵ Schreiben des SVV vom 2.2.2011, S. 1 f.

⁴⁶ Schreiben des SVV vom 2.2.2011, S. 2.

⁴⁷ Schreiben des SVV vom 2.2.2011, S. 5 ff.

⁴⁸ Schreiben des SVV vom 2.2.2011, S. 10 ff.

⁴⁹ Schreiben des SVV vom 2.2.2011, S. 11.

55. Sowohl die Mobiliar, wie auch die Zürich Versicherungsgesellschaft AG (Zürich) und die Allianz Suisse Versicherungs-Gesellschaft AG (Allianz) wiesen in ihren umfangreichen und mehrfach ergänzten Stellungnahmen besonders auf den Umstand hin, wonach die von der GVB bisher angebotenen Produkte "GVB Plus" und "GVB Top" bestimmte Deckungen enthalten, welche "untrennbar" zum Monopolbereich gehören und deshalb nur von der GVB, nicht aber von der GVB PVAG angeboten werden dürften. Zu diesen Deckungen würden besonders die Deckungen "Kein Selbstbehalt", "Verzinsung der Schadenzahlung" und "Neuwertdeckung ohne Altersabzüge" gehören.⁵⁰

56. Auch andere in den beiden Produkten enthaltene Deckungen gehörten gemäss der Mobiliar mindestens teilweise zum Monopolbereich. Eine Zulassung der GVB PVAG durch die FINMA und namentlich die Erteilung einer Bewilligung für die Bestandesübertragung dieser Zusatzversicherungen sei deshalb als widerrechtlich zu qualifizieren, da sie nicht der vom Gesetzgeber im GVG bezweckten strikten Trennung zwischen dem Monopol- und dem Wettbewerbsbereich entsprechen würde.⁵¹

57. Zur Begründung ihres Standpunktes verwies die Mobiliar im Besonderen auf aufsichtsrechtliche Vorschriften sowie versicherungstechnische und aktuarielle Grundsätze. Danach sei es für Privatversicherer unter Beachtung dieser Vorschriften und Grundsätze nicht möglich, solche Zusatzversicherungen anzubieten, weil die darin enthaltenen Deckungen nur durch den Versicherer der Grunddeckung angeboten werden könne⁵². So habe beispielsweise bei der Deckung "Verzinsung der Schadenzahlung" nur der Monopolversicherer einen Einfluss auf die Schadenzahlung gegenüber dem Versicherungsnehmer, weshalb auch nur er alleine über die Dauer des Verfahrens zur Bestimmung des eingetretenen Schadens bestimmen könne. Gleich verhalte es sich auch bei der Deckung "Neuwert ohne Altersabzüge", wo sich die Versicherungswerte und Altersabzüge nicht zwischen dem Monopolisten und dem Privatversicherer aufteilen lasse.⁵³

58. Die von der GVB geplante Bestandesübertragung der beiden Produkte "GVB Plus" und "GVB Top" führte nach Ansicht der Mobiliar somit zu einer erheblichen Wettbewerbsverzerrung: Die GVB PVAG würde als einzige Privatversicherung in der Lage sein, solche "Monopolzusatzversicherungen" gleichzeitig mit Produkten nach VVG (vgl. Fn. 50) anzubieten. Darüber hinaus würde es einzig der GVB PVAG möglich sein, künftig gemeinsam mit der Muttergesellschaft ein kombiniertes Angebot, sowohl die obligatorische Grunddeckung wie auch die "Monopolzusatzversicherungen" und die Zusatzversicherungen nach VVG umfassend, offerieren zu können. Um allfällige Deckungslücken im Bereich der "Monopolzusatzversicherungen" und eine Überdeckung im VVG-Bereich zu vermeiden, wären die Privatversicherer für diesen Fall sogar gezwungen, ihre Kunden an die GVB und die GVB PVAG zu verweisen.⁵⁴

59. Ähnliche Einwände erfolgten auch von den anderen angefragten Privatversicherern. So kritisierten zahlreiche Stellungnahmen den Wettbewerbsvorteil der GVB PVAG, welcher der Tochtergesellschaft durch die Übertragung der beiden Produkte "GVB Plus" und "GVB

Top" erwachse, da bezüglich diesem Kundenstamm bisher kein Wettbewerb existiert habe und die GVB PVAG keine Akquisitions- und Marketingkosten tragen müsse. Entsprechend bleibe der Zugang für die Privatversicherer weiterhin erschwert.

60. Häufig vorgebracht wurde auch das Argument, wonach die Monopol- und Zusatzversicherungen von der GVB-Gruppe als Kombiprodukte mit entsprechenden Rabattmöglichkeiten angeboten werden können, was den Privatversicherern aufgrund des Monopols verwehrt bleibe. Der Versicherungsnehmer erhalte so ein Produkt aus einer einzigen Hand. Die beiden Tochtergesellschaften GVB PVAG und GVB SAG würden in diesem Zusammenhang von Informationen profitieren, welche für den Monopolbereich zwingend erhoben werden müssen. Durch den direkten Zugriff erhielten die Tochtergesellschaften nicht nur einen wesentlichen Wissensvorsprung, sondern auch einen zusätzlichen Kostenvorteil, da sie die Datensätze nicht durch einen eigenen Aussendienst aufbauen müssten. Einmal im Besitze eines kompletten Datensatzes verfüge die GVB PVAG über einen erheblichen Wettbewerbsvorteil, da sie dadurch eine bessere Risikoabschätzung und somit -selektion machen könne als ihre Konkurrenten. Der Vorteil werde über günstigere Prämien auf dem Markt ausgespielt.

61. Ein weiterer erheblicher Wettbewerbsvorteil ergibt sich gemäss den Aussagen der Privatversicherer aus der Nutzung der gemeinsamen Dachmarke. Danach profitierten die Tochtergesellschaften infolge des Versicherungsobligatoriums vom hohen Bekanntheitsgrad der Muttergesellschaft und vom Marktauftritt (Homepage, Werbung etc.) unter der gemeinsamen Dachmarke. So müsse beispielsweise die GVB PVAG für die Markenpflege keine Kosten aufwenden. Zudem vermittele die gemeinsame Dachmarke den Eindruck, es bestehe eine staatliche Versicherungsanstalt mit einer staatlichen Garantie.

62. Weitere Vorteile resultierten sodann aus dem Informationsvorsprung infolge von personellen Verflechtungen zwischen der GVB und den Tochtergesellschaften, der Auslagerung der Nebentätigkeiten und insbesondere des Schätzungswesens, der Benutzung einer gemeinsamen IT-Infrastruktur und der Erbringung von weiteren konzerninternen Dienstleistungen.

⁵⁰ Schreiben der Mobiliar vom 2.8.2011, S. 2 ff.; Schreiben der Zürich vom 23.6.2011, S. 16 f.; Schreiben der Allianz vom 10.6.2011, S. 6 f. In der Privatassekuranz wird dabei der Begriff "Monopolzusatzversicherungen", verwendet, um auf die enge Verknüpfung mit der Monopolversicherung hinzuweisen. Gleichzeitig wird von den Privatversicherern anerkannt, dass die Produkte "GVB Plus" und "GVB Top" Elemente (Vandalismusschäden, Marder-, Nager- und Insektenschäden, teilweise Umgebungsschäden und präventive Sofortmassnahmen sowie die neu einzuführende Gebäudewasserversicherung) enthalten, welche dem VVG unterstehen und ausschliesslich von der GVB PVAG angeboten werden dürfen.

⁵¹ Schreiben Mobiliar vom 2.8.2011, S. 2 ff. Die Mobiliar anerkennt ausdrücklich die vom Gesetzgeber verfolgte Absicht der Trennung zwischen einem Monopol- und einem Wettbewerbsbereich, welche sich aus verschiedenen im GVG vorgesehenen Vorschriften ergibt. Sie erwähnt dabei die Bestimmungen zur Gründung einer privatrechtlichen Tochtergesellschaft, das Verbot der Quersubventionierung und die Abrechnung von Dienstleistungen nach kommerziellen Grundsätzen.

⁵² Schreiben Mobiliar vom 2.8.2011, S. 5.

⁵³ Eingehend zu dieser Frage vgl. insbes. das Schreiben der Mobiliar vom 2.8.2011.

⁵⁴ Schreiben Mobiliar vom 2.8.2011, S. 3.

63. Um die befürchteten Wettbewerbsvorteile soweit wie möglich zu verringern und ein level-playing field zu schaffen, regen die Privatversicherer die folgenden Lösungen an:

- Verwaltungsrat und Management der beiden Tochtergesellschaften sei personell von der GVB zu trennen.
- Die Bewilligung für die Betriebsaufnahme durch die GVB PVAG müsse klar trennen zwischen Monopol- und Wettbewerbsbereich. Die bisherigen Zusatzversicherungsprodukte "GVB Plus" und "GVB Top" seien im Monopol zu belassen. Eventualiter sei den Privatversicherern zu erlauben, im Kanton Bern auch Feuer- und Elementarschadenversicherungen, gegebenenfalls stellvertretend für die GVB, anzubieten.
- Den Privatversicherern sei zu erlauben, bei der Übertragung der bisherigen Zusatzversicherungsprodukte "GVB Plus" und "GVB Top" mitbieten oder mindestens den Datenbestand von der GVB beziehen zu können. Für eine Übertragung an die GVB PVAG seien jedenfalls marktübliche Konditionen zu verlangen.
- Der Zugriff auf den Datenbestand sei von der GVB für alle Wettbewerber zeitgleich und zu gleichen Bedingungen wie der GVB PVAG zur Verfügung zu stellen. Allenfalls könne die aus der Lizenzierung resultierende Wettbewerbsverzerrung nur dann abgeschwächt werden, wenn die GVB Privatversicherungen AG eine besonders hohe Lizenzgebühr bezahle.
- Dienstleistungen sollen von der GVB nur zu marktüblichen Konditionen angeboten werden. Dienstleistungen der GVB sollen auch allen Privatversicherern zu marktgerechten Konditionen zur Verfügung gestellt werden.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

64. 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). 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). Das Kartellgesetz geht somit von einem funktionalen Unternehmensbegriff aus.⁵⁵ Gegenstand der vorliegenden Vorabklärung ist das Verhalten der GVB. Somit ist zu prüfen, ob die GVB als Unternehmen im Sinne von Art. 2 KG gilt.

65. Inwiefern die GVB als Unternehmen zu qualifizieren ist, bestimmt sich anhand des Kriteriums, ob es sich bei der GVB um ein wirtschaftlich unabhängiges Unternehmen handelt, welches am Wirtschaftsprozess teilnimmt. Eine solche Unabhängigkeit der GVB wäre zu verneinen, wenn der Kanton Bern die GVB kontrollieren kann und diese Kontrolle effektiv auch ausübt. In diesem Fall wäre zu prüfen, ob der Kanton Bern als Unternehmen im Sinne von Art. 2 KG zu qualifizieren wäre.⁵⁶

66. Die GVB ist als Anbieterin von Feuer- und Elementarschadenversicherungen zum Schutz von Gebäuden am Wirtschaftsprozess beteiligt. Gemäss dem gesetzlichen Leistungsauftrag muss sie diese Deckungen zwar möglichst kostengünstig erbringen und dabei ihre Dienstleistungen an den allgemeinen Erwartungen der Hauseigentümerinnen und Hauseigentümer ausrichten. Dennoch hat sie für eine marktgerechte Versicherungsdeckung zu sorgen (Art. 5 GVG). Zur Erfüllung ihrer Ziele darf sie alle Rechtsgeschäfte tätigen, die mit ihrem Leistungsauftrag direkt oder indirekt in Zusammenhang stehen oder geeignet sind, diese zu fördern (Art. 6 GVG). Zudem ist die GVB nach betriebswirtschaftlichen Kriterien zu führen. Die Finanzierung der GVB ist vor allem durch die eingenommenen Prämien sicherzustellen (Art. 53 GVG).

67. Zwar wird die GVB vom Regierungsrat des Kantons Bern beaufsichtigt (Art. 57 GVG) und deren Verwaltungsrat vom Regierungsrat auf Zeit gewählt respektive bei Vorliegen von wichtigen Gründen auch wieder abberufen (Art. 47 GVG). Dennoch genügen die in Art. 57 Abs. 2 GVG zugunsten des Regierungsrates statuierten Befugnisse nicht, um eine wirtschaftliche Abhängigkeit der GVB zu begründen. So stehen dem Regierungsrat weder eine Tarifoheit bei den Versicherungsprämien⁵⁷ noch anderweitige Entscheid- und Kontrollbefugnisse zu, welche beispielsweise bei Aktiengesellschaften zu den unübertragbaren Aufgaben eines Verwaltungsrates⁵⁸ gehören.

68. Die GVB ist somit wirtschaftlich unabhängig und kann als Unternehmen im Sinne von Art. 2 KG qualifiziert werden.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

69. 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 (Art. 3 Abs. 2 KG). Im Folgenden ist somit zu klären, ob und in welchem Umfang ein Vorbehalt nach Art. 3 Abs. 1 KG anwendbar ist.

⁵⁵ RPW 2011/1, 109 f. Rz 95, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*.

⁵⁶ RPW 2008/4, 546 f. Rz 26 f., *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*.

⁵⁷ Die Prämien für die Gebäudeversicherung werden im sogenannten Prämientarif (BSG 873.111.2) von der GVB gestützt auf Art. 15 GVG selber festgelegt.

⁵⁸ Vgl. Art. 716a Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (Obligationenrecht, OR; SR 220).

⁵⁹ RPW 2008/4, 546 f. Rz 26, *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*, mit Hinweisen auf eine nicht publizierte Zwischenverfügung der WEKO vom 4. September 2006 in derselben Angelegenheit.

70. Eine staatliche Markt- oder Preisordnung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG liegt dann vor, wenn die massgebenden Wettbewerbsparameter in einem entscheidenden Umfang durch eine staatliche Regelung (Bundesrecht, kantonales oder unter gewissen Umständen auch kommunales Recht) festgelegt und dadurch den Marktkräften entzogen werden.⁶⁰ Bei der Ausstattung von Unternehmen mit besonderen Rechten ist für das Vorliegen eines Vorbehalts nach Art. 3 Abs. 1 Bst. b KG entscheidend, ob die Vorschriften, welche den Leistungsauftrag des Unternehmens bestimmen, ebenfalls die massgebenden Wettbewerbsparameter festlegen und diese damit den Marktkräften entziehen. Dies ist regelmässig bei rechtlichen Monopolen der Fall, weil dadurch in einem bestimmten Wirtschaftsbereich jeglicher Wettbewerb ausgeschlossen bleibt.⁶¹

71. Vorbehaltene Vorschriften können sowohl auf Stufe Bund wie auch durch Kantone und Gemeinden erlassen werden.⁶² Dabei ist zu berücksichtigen, dass Lehre und Praxis zum Kartellgesetz einen Anwendungsvorbehalt nach Art. 3 Abs. 1 KG nur sehr restriktiv annehmen: "Solange eine gesetzliche Regelung noch Raum für die Anwendung wettbewerbsrechtlicher Prinzipien lässt, muss dieser ausgefüllt werden [...]. Vorbehaltene Vorschriften nach Artikel 3 Absatz 1 KG sind folglich nicht leicht hinzunehmen."⁶³

72. Vorliegend geht es darum zu prüfen, ob die für die Tätigkeiten der GVB respektive deren Tochtergesellschaften relevanten Vorschriften im GVG und in der GVV einen Vorbehalt nach Art. 3 Abs. 1 KG enthalten. Sofern auf diese Tätigkeiten auch Bundesrecht zur Anwendung kommt, ist zu prüfen, ob ein solcher Vorbehalt auf dieser Rechtsstufe besteht.

73. Damit kantonale Vorschriften als Vorbehalt nach Art. 3 Abs. 1 KG anerkannt werden können, müssen diese im Kompetenzbereich der Kantone liegen und dürfen nicht im Widerspruch zu übergeordnetem Recht, namentlich zur verfassungsmässig garantierten Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 i.V.m. Art. 36 sowie Art. 94 Abs. 4 der Bundesverfassung⁶⁴), stehen.⁶⁵

74. Der Wettbewerbsbehörde kommt somit die Aufgabe zu, kantonales Recht, welches als vorbehaltene Vorschrift in Frage kommt, akzessorisch auf seine Verfassungsmässigkeit hin zu prüfen und im Fall der Verletzung des Grundsatzes der Wirtschaftsfreiheit der entsprechenden Norm ihre Anwendung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG zu versagen. Dabei ist neben der Überprüfung der Vereinbarkeit kantonaler Bestimmungen mit dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit auch der in Art. 49 BV statuierte Grundsatz der derogatorischen Kraft des Bundesrechts von Amtes wegen zu berücksichtigen. Danach darf kantonales Recht nicht dem Bundesrecht widersprechen, andernfalls das kantonale Recht als nichtig zu betrachten und ihm die Anwendung ebenfalls zu versagen ist.⁶⁶

B.2.1 Feuer- und Elementarschadenversicherung

75. Für die Feuer- und Elementarschadenversicherung im Kanton Bern hat der Gesetzgeber ein rechtliches Monopol im Gebäudeversicherungsgesetz vorgesehen: Gemäss Art. 4 GVG ist die Feuer- und Elementarschadenversicherung von sämtlichen im Kanton Bern gele-

genen Gebäuden der GVB vorbehalten. Diese wird mittels Leistungsauftrag verpflichtet, die Gebäude im Kanton Bern zu versichern, für die Wahrung der Brandsicherheit und die Prävention von Feuer- und Elementarschäden zu sorgen sowie andere ihr von der Gesetzgebung übertragene Aufgaben zu übernehmen (Art. 5 Abs. 1 GVG).

76. Im Weiteren enthält Art. 8 GVG ein Versicherungssobligatorium: Danach besteht für Hauseigentümerinnen und Hauseigentümer eine Pflicht, sämtliche im Kanton Bern gelegenen Gebäude gegen Feuer- und Elementarschäden ausschliesslich bei der GVB zu versichern.

77. Die erwähnten Normen schliessen somit unmittelbar wie auch mittelbar die privatwirtschaftliche Tätigkeit von Versicherungsunternehmen im Bereich der Feuer- und Elementarschadenversicherung für Gebäude im Kanton Bern und damit den Wettbewerb in diesem Bereich vollständig aus.

78. Fraglich ist somit, ob die Bestimmungen im GVG für den Bereich der Feuer- und Elementarschadenversicherung einen Vorbehalt im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG schaffen. Hierzu ist in einem ersten Schritt zu prüfen, ob die Bestimmungen des GVG zur obligatorischen Feuer- und Elementarschadenversicherung nicht übergeordnetem Bundesrecht widersprechen, d.h. ob der Kanton Bern überhaupt befugt ist, ein Gebäudeversicherungsmonopol zu schaffen. In einem zweiten Schritt ist sodann zu prüfen, ob die Bestimmungen mit dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit vereinbar sind.

79. Die Bundesverfassung enthält in ihrem 8. Abschnitt ("Wohnen, Arbeit, soziale Sicherheit und Gesundheit") zu ihrem 2. Kapitel ("Zuständigkeiten") Bestimmungen zu den Sozialversicherungen, für welche der Bund eine mehr oder weniger umfassende Gesetzgebungskompetenz innehat. Dazu gehören im Speziellen die Institutionen der Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge, der beruflichen Vorsorge, die Arbeitslosenversicherung, die Muttersversicherung und weitere, dem Schutz vor Verlust von Verdienstmöglichkeiten dienende Versicherungen.

⁶⁰ Für Beispiele staatlicher Marktordnungen siehe ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., 2005, 134 ff. Rz 286.

⁶¹ Siehe die illustrative Aufzählung von Beispielen für rechtliche Monopole bei PETER MÜNCH, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 3 Abs. 1 KG N 19.

⁶² Urteil des Bundesgerichts vom 17.6.2003 i.S. Entreprises Electriques Fribourgeoises/Watt Suisse AG, Fédération des Coopératives Migros, E. 3.3.4 (RPW 2003/4, 941).

⁶³ Entscheid der REKO/WEF vom 10. Oktober 2003 i.S. Krankenkassen vs. Privatkliniken und Konsorten im Kanton Aargau (RPW 2003/4, 861, E. 4.2); Vgl. auch RPW 2006/3, 514 Rz 20, *Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung*, mit Hinweisen auf die Lehre.

⁶⁴ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (Bundesverfassung, BV; SR 101).

⁶⁵ BGE 129 II 497, S. 516 E. 3.3.4. Siehe auch RPW 2006/3, 515 Rz 30, *Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung*. Zum Ganzen: PETER MÜNCH, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 3 Abs. 1 N 9.

⁶⁶ RPW 2006/3, 515 f Rz 31 f., *Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung*.

80. Nicht zu diesen Versicherungen gehört hingegen der ganze Privatversicherungsbereich und speziell der Schutz vor Feuer- und Elementarrisiken. Mit Art. 98 Abs. 3 BV hat der Verfassungsgeber einen Vorbehalt des Bundes zu Gunsten des Privatversicherungswesens geschaffen. Danach ist der Bund verpflichtet, Vorschriften zum Privatversicherungsrecht inklusive dem Aufsichtsrecht zu erlassen.⁶⁷ Der Bund ist dieser Pflicht nachgekommen und hat mit dem Versicherungsvertragsgesetz⁶⁸ und dem VAG entsprechende Regelwerke geschaffen.

81. Während das VVG keine typischen Vorschriften zur Feuer- und Elementarschadenversicherung enthält, sondern generell das Vertragsrecht in der Privatversicherung regelt, weist immerhin das VAG mit Art. 33 und 88 auf diesen Bereich hin. Danach sind nach Art. 33 VAG Versicherungsunternehmen, welche eine Deckung für in der Schweiz gelegene Feuerrisiken anbieten, verpflichtet, die Deckung von Elementarrisiken in die Versicherung mit einzuschliessen. Nach Art. 88 Abs. 3 VAG bleibt sodann den Kantonen vorbehalten, über die Feuerversicherung polizeiliche Vorschriften zu erlassen. Mit Ausnahme der letzteren Bestimmung ergibt sich jedoch auch aus dem VAG keine Kompetenz zu Gunsten der Kantone, eigene aufsichtsrechtliche Vorschriften in der Privatversicherung zu erlassen.

82. Zu diesem Ergebnis ist die WEKO bereits in einem früheren Entscheid in Sachen vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung gekommen. Dabei hat sie festgestellt, dass der Bund seine verfassungsmässigen Kompetenzen neben dem Bereich der Krankenversicherung auch im Bereich der Privatversicherung wahrgenommen und abschliessend geregelt hat: "In diesen Bereichen ist kantonales Recht nur noch dann möglich, wenn in der Bundesgesetzgebung eine Delegation an die Kantone erfolgt [ist] oder bewusst auf eine Regel verzichtet wurde." Hat der Bundesgesetzgeber hingegen eine Frage geregelt und seine Kompetenz ausgeschöpft, so bestehen keine kantonalen Kompetenzen mehr in diesem Bereich. Dies ist der Fall für die Zusatzversicherung. (...) Aus der Gesetzgebung im Bereich der Privatversicherung (VVG und VAG) wird deutlich, dass die Kantone im Privatversicherungswesen (mit Ausnahme der Feuerversicherung) über keine Kompetenzen verfügen.⁶⁹

83. Die kantonalen Vorschriften zur Feuer- und Elementarschadenversicherung im GVG respektive im GVV sind somit als zulässig zu erachten, soweit sie nicht in das Versicherungsvertragsrecht eingreifen und soweit sie nicht über die Bestimmung von Art. 88 Abs. 3 VAG hinausgehen. Das scheint vorliegend nicht der Fall zu sein und wird weder von der GVB selber noch von der Privatassekuranz vorgebracht.

84. Bleibt im Folgenden noch zu prüfen, ob das kantonale Monopol den Voraussetzungen für einen Eingriff in das Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit standhält.

85. Mit Art. 94 Abs. 4 BV enthält die Bundesverfassung einen Regalvorbehalt zugunsten der Kantone. Danach sind Abweichungen vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit und insbesondere auch Massnahmen, die sich gegen den Wettbewerb richten, dann zulässig, wenn sie in

der Bundesverfassung vorgesehen oder durch kantonale Regalrechte begründet sind.

86. Als kantonale Regalrechte wurden von Praxis und Lehre seit jeher die historischen Grundmonopole anerkannt, zu welchen z.B. Jagdregal, Fischereiregal, Bergwerk- und Salzregal gehören.⁷⁰ Gemäss dem Bundesgericht dürfen Kantone und Gemeinden aber auch neue Monopole einführen, sofern – aus polizeilichen oder sozialpolitischen Gründen – ein überwiegendes öffentliches Interesse an ihnen besteht und sie über eine gesetzliche Grundlage verfügen sowie den Grundsatz der Verhältnismässigkeit berücksichtigen.

87. Zu diesen neuen Monopolen zählt das Bundesgericht in einem Entscheid ausdrücklich die kantonalen Gebäudeversicherungsmonopole.⁷¹ Es hatte dabei im Rahmen einer staatsrechtlichen Beschwerde zu beurteilen, ob das kantonale Gebäudeversicherungsmonopol des Kantons Glarus vor der Handels- und Gewerbefreiheit standhält. In casu erachtete das Bundesgericht die Voraussetzungen für die Schaffung eines Gebäudeversicherungsmonopols im Kanton Glarus als erfüllt.⁷²

88. Seine Begründung stützte das Bundesgericht im Wesentlichen auf sozialpolitische Überlegungen. Im Fokus dieser Überlegungen stand ein Prämienvergleich aus den 1980er und frühen 1990er Jahren zwischen Kantonen ohne Gebäudeversicherungsmonopol und solchen mit einem Monopol. Der Vergleich ergab, dass die kantonalen Monopolversicherungen die Gebäudeversicherung zu deutlich günstigeren Prämien anbieten konnten als die Privatversicherer, wobei nach dem Bundesgericht die tieferen Prämien hauptsächlich auf einen grösseren Aufwand der Monopolversicherungen zugunsten der Prävention und dadurch einen tieferen Schadenverlauf sowie geringere Akquisitionskosten zurückzuführen waren. In diesem Umstand erachtete das Bundesgericht das öffentliche Interesse an einem Gebäudeversicherungsmonopol als genügend ausgewiesen.⁷³

89. Bezüglich der Frage der Verhältnismässigkeit wies das Bundesgericht in seinem Entscheid darauf hin, dass ein Versicherungsmonopol selbst dann verhältnismässig sei, wenn der angestrebte Zweck unter Umständen auch anders erreicht werden könne.⁷⁴ Entscheidend hierfür sei aber, dass eine Dienstleistung, für welche ein erhebliches öffentliches Interesse bestehe, durch ein Monopolsystem wesentlich vorteilhafter erbracht werden könne als durch die Privatwirtschaft. Diese Voraussetzung

⁶⁷ RETO JACOBS, St. Galler Kommentar zu Art. 98 BV, N 13. Zürich/St. Gallen 2008.

⁶⁸ Bundesgesetz vom 2. April 1908 über den Versicherungsvertrag (Versicherungsvertragsgesetz, VVG; SR 221.229.1).

⁶⁹ RPW 2006/3, 518 Rz 47, *Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung*.

⁷⁰ BGE 128 I 3, S. 10.

⁷¹ BGE 124 I 11, S. 14 f. E. 3. a).

⁷² BGE 124 I 25, E. 2 und 3 a).

⁷³ BGE 124 I 25, E. 3 d) – g).

⁷⁴ Im Vordergrund stand dabei das Modell eines Versicherungsobligatoriums, allenfalls verbunden mit einer Aufsicht über die Preisgestaltung; vgl. BGE 124 I 25, E. 3 h).

erachtete das Bundesgericht aufgrund eines Prämienvergleiches mit Kantonen, welche hinsichtlich Topographie und Besiedelungsverhältnis vergleichbar waren, die aber lediglich über ein Versicherungsbobligatorium, teilweise kombiniert mit einer Preisaufsicht, verfügten, jedoch als erfüllt.⁷⁵

90. Das Sekretariat ist im Rahmen einer Marktbeobachtung zum Schluss gekommen, dass die Prämien der privaten Gebäudeversicherer für die Feuer- und Elementarschadenversicherung zwischen 1990 und 1997 selbst risikoadjustiert deutlich über denjenigen der kantonalen Versicherungsmonopole lagen. Um abzuklären, ob die Prämienunterschiede auch im Zeitraum zwischen 1998 und 2002 noch Bestand hatten und ob die höheren Prämien der Privatassekuranz in den liberalisierten Kantonen allenfalls auf eine Abrede oder eine abgestimmte Verhaltensweise zurückzuführen seien, hatte das Sekretariat im Jahre 2003 eine Vorabklärung eröffnet.⁷⁶

91. In seinem Schlussbericht vom 9. September 2003 führte das Sekretariat aus, dass die Prämienätze der Privatversicherer für die Feuerversicherung⁷⁷ in den Wettbewerbskantonen während des beobachteten Zeitraums zwischen 1998 und 2002 zwar tendenziell gesunken waren, die durchschnittlichen Prämien- und Schadensätze jedoch nach wie vor deutlich über denjenigen der Monopolversicherer lagen. Zudem wiesen die Schadensätze der Privatversicherer gegenüber denjenigen der Monopolversicherer in diesem Zeitraum eine höhere Volatilität aus, was auf die kleineren Versicherungsvolumen und dadurch fehlende Glättung des Schadensatzverlaufes zurückgeführt werden konnte. Selbst ein Vergleich anhand von risikoadjustierten Prämien ergab ein ähnliches Resultat.⁷⁸

92. Als mögliche Gründe für die festgestellten Prämienunterschiede bei der Feuerversicherung wurden u.a. die viel tieferen Marketing- und Akquisitionskosten, die möglicherweise höheren Risikokapitalkosten der Privatversicherer sowie die Unterschiede in der steuerlichen Belastung (steuerliche Privilegierung von einzelnen Gebäudeversicherungsmonopolen) angeführt. In der Folge verzichtete das Sekretariat u.a. darauf, der Wettbewerbskommission eine Empfehlung zur Privatisierung der öffentlichen Gebäudeversicherungsmonopole vorzuschlagen.⁷⁹

93. Der Regierungsrat des Kantons Bern hat die Beibehaltung des Monopols sorgfältig überprüft und kam zum Schluss, dass der Weiterbestand des Monopols im kantonalen Interesse liegt. In seinem Vortrag an den Grossen Rat begründete der Regierungsrat das kantonale Interesse u.a. mit dem Bestehen einer unbeschränkten Haftung der GVB für den Ersatz versicherter Schäden, den steigenden Elementarschäden und der in Folge des Solidaritätsprinzips trotzdem tragbaren Prämienbelastung für schlechtere Gebäuderisiken sowie der Übernahme der Präventionsaufgabe durch die GVB. Weiter wies der Regierungsrat darauf hin, die Kunden der GVB würden von wesentlich günstigeren Prämien profitieren, da weder Akquisitionskosten anfallen würden noch eine Vertriebsorganisation aufzubauen sei. Allfällig erwirtschaftete Überschüsse verblieben nach dem genossenschaftlichen Prinzip in der Unternehmung und erhöhten damit die risikotragende Substanz.⁸⁰

94. Auch der Grosse Rat des Kantons Bern hat sich bei seiner Lesung des neuen Gebäudeversicherungsgesetzes im Jahr 2010 an diesen sozialpolitischen Überlegungen ausgerichtet und – insbesondere mit Blick auf die in den vergangenen Jahren stark gewachsenen Elementarschäden – am Solidaritätsgedanken bei der Feuer- und Elementarschadenversicherung und damit am rechtlichen Monopol festgehalten.⁸¹

95. Damit dürften die Voraussetzungen an einen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit durch das Schaffen eines kantonalen Monopols im Bereich der Feuer- und Elementarschadenversicherung im vorliegenden Fall erfüllt sein.

96. Somit kann festgehalten werden, dass der Kanton Bern über eine entsprechende Kompetenz verfügt, im Bereich der Feuer- und Elementarschadenversicherung eigene Vorschriften zu schaffen, und dass diese nicht im Widerspruch zur Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 i.V.m. Art. 36 und Art. 94 Abs. 4 BV stehen. Für das Gebäudeversicherungsmonopol im Kanton Bern gilt somit der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG. Dieser Vorbehalt wird weder von der GVB noch von den Privatversicherungen bestritten.

B.2.2 Freiwillige Gebäudezusatzversicherungen

97. Fraglich ist, ob der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG allenfalls über den Bereich der obligatorischen Feuer- und Elementarschadenversicherung hinausgeht und auch die freiwilligen Gebäudezusatzversicherungen "GVB Plus" und "GVB Top" oder zumindest Teile davon erfasst.

98. Diese Fragestellung knüpft an den Standpunkt der drei Beschwerdeführerinnen an, welche in der gemeinsamen Beschwerdeschrift vom 8. August 2011 die Verfügung der FINMA auf Erteilung einer Betriebsbewilligung für die GVB PVAG angefochten hatten. Danach rügen die drei Beschwerdeführerinnen unter anderem, die Verfügung verletze Bundesrecht und insbesondere den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 BV, weil bestimmte Deckungen in den freiwilligen Zusatzversicherungen "GVB Plus" und "GVB Top" untrennbar mit dem Monopol verbunden seien (vgl. hierzu oben Rz 55 ff.).

⁷⁵ BGE 124 I 25, E. 3 g) – k).

⁷⁶ RPW 2003/3, 741 f. Rz 1 f., *Gebäudeversicherung in den liberalisierten Kantonen*.

⁷⁷ Das Sekretariat beschränkte sich in seiner kartellrechtlichen Analyse im Wesentlichen auf die Prämien- und Schadensätze bei der Feuerversicherung, da nach dem Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG) der Deckungsumfang und der Prämientarif für die Elementarschadenversicherung für alle Privatversicherer einheitlich und verbindlich vorgegeben und ein Wettbewerb in diesem Bereich ausgeschlossen war (RPW 2003/3, 743 Rz 8 ff., *Gebäudeversicherung in den liberalisierten Kantonen*).

⁷⁸ RPW 2003/3, 745 ff. Rz 23 ff., *Gebäudeversicherung in den liberalisierten Kantonen*.

⁷⁹ RPW 2003/3, 751 f. Rz 44 ff., *Gebäudeversicherung in den liberalisierten Kantonen*.

⁸⁰ Tagblatt des Grossen Rates des Kantons Bern, Januarsession vom 18. bis 27. Januar 2010, Beilage 4 – Vortrag des Regierungsrates an den Grossen Rat zum Gebäudeversicherungsgesetz, S. 4 f.

⁸¹ Siehe z.B. die Eingangsvoten von Bernhard Antener, Peter Bernasconi, Peter Brand, Hans Baumberger und Christine Häsler, in: Tagblatt des Grossen Rates des Kantons Bern, Januarsession vom 18. bis 27. Januar 2010, S. 131 ff.

99. Die Beurteilung, ob bezüglich den freiwilligen Gebäudezusatzversicherungen oder zumindest Teilen davon ein Vorbehalt im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG vorliegt, entscheidet sich ebenfalls anhand des Kriteriums, ob der Gesetzgeber für diese Deckungen eine staatliche Marktordnung, namentlich durch das GVG und die GVV vorgesehen hat, respektive ob er die GVB oder deren Tochtergesellschaft GVB PVAG hierzu mit besonderen Rechten ausgestaltet hat.

100. Beides scheint hier nicht der Fall zu sein: So hat der bernische Gesetzgeber gemäss Art. 4 GVG lediglich die Feuer- und Elementarschadenversicherung für Gebäude im Kanton Bern dem Monopol unterstellt (vgl. oben Rz 75 ff.). Im zweiten Kapitel "Obligatorische Feuer- und Elementarschadenversicherung" des GVG finden sich dabei Bestimmungen, welche den Monopolbereich inhaltlich definieren.⁸² Keine dieser Vorschriften nimmt Bezug auf die freiwilligen Gebäudezusatzversicherungen oder zumindest auf die von den Beschwerdeführerinnen eigens bezeichneten "Monopolzusatzdeckungen".

101. Art. 44 GVG verweist sodann konkret auf die freiwilligen Gebäudezusatzversicherungen, welche die GVB in Ergänzung zur Grundversicherung anbieten darf. Hierzu gehören im Einzelnen die Versicherungen für gebäudeähnliche Objekte (Bst. a), zur Verbesserung der obligatorischen Deckungen und Leistungen (Bst. b), für die Umgebung von Gebäuden (Bst. c), zur Deckung nach Artikel 24 GVG ausgeschlossener Schäden (Bst. d) und zur Deckung von Wasserschäden an Gebäuden (Bst. e).

102. Nach Art. 45 Abs. 4 GVG ist der Regierungsrat zudem berechtigt, die konkrete Ausgestaltung der Zusatzversicherungen in einer eigenen Verordnung zu regeln. Er hat diese Kompetenz mit dem Erlass der Gebäudeversicherungsverordnung wahrgenommen und den Gegenstand der Zusatzversicherungen in einem eigenen (sechsten) Kapitel "Zusatzversicherungen" geregelt. Die Art. 16–21 GVV enthalten dabei konkrete Bestimmungen zu den Versicherungen, welche von der GVB respektive deren zuständiger Tochtergesellschaft zusätzlich angeboten werden dürfen.

103. Die von der GVB schon bisher unter den Produktlabels "GVB Plus" und "GVB Top" angebotenen Leistungen können diesen freiwilligen Zusatzversicherungen zugeordnet werden: So wird das Produkt "GVB Top" als "erweiterte Objektversicherung" angeboten, was in der Sache der Bestimmung von Art. 17 GVV ("Versicherung zur Verbesserung der obligatorischen Deckung und Leistungen") entspricht. Das Produkt "GVB Plus" sodann wird als "Umgebungsversicherung mit Zusatzleistungen" beworben. Inhaltlich entspricht dies Art. 18 GVV ("Gebäudeumgebungsversicherungen").

104. In Art. 45 GVG werden sodann die Rahmenbedingungen festgelegt, unter welchen die GVB respektive die zu ihr gehörenden und nach den Vorschriften des Schweizerischen Obligationenrechts gegründeten, selbständigen Gesellschaften⁸³ diese Zusatzversicherungen anbieten dürfen. Von Bedeutung ist dabei in erster Linie das Quersubventionierungsverbot in Art. 45 Abs. 2 GVG. Danach dürfen die Zusatzversicherungen nach Art. 44 GVG nicht mit Erträgen aus der obligatorischen Versicherung vergünstigt werden. Zudem besteht nach Art.

45 Abs. 3 GVG für die Deckung von Wasserschäden an Gebäuden (Art. 44 Bst. e GVG) eine gesetzliche Pflicht, diese über eine Gesellschaft nach Art. 7 Abs. 3 GVG anzubieten. Die Pflicht wurde vom Regierungsrat des Kantons Bern in der GVV auf alle übrigen Zusatzversicherungen, mit Ausnahme derjenigen für gebäudeähnliche Objekte, ausgeweitet.⁸⁴

105. Systematisch sind die Bestimmungen zu den Zusatzversicherungen (Art. 44 und 45 GVG) in einem neuen dritten Gesetzeskapitel "Zusatzversicherungen" und somit getrennt von den Bestimmungen zum Monopolbereich zusammengefasst. Auch in der dazugehörigen GVV hat der Regierungsrat den Monopolbereich (Art. 1–13 GVV) und den Zusatzversicherungsbereich (Art. 14–21 GVV) systematisch getrennt behandelt.

106. Weder der Gesetzeswortlaut noch die -systematik lassen somit den Schluss zu, dass die Zusatzversicherungen oder bestimmte Teile davon zum Monopolbereich gehören würden, oder dass der Gesetzgeber mit dem neuen GVG das Monopol bei der Feuer- und Elementarschadenversicherung auf diese ausweiten wollte.

107. Daran ändert im übrigen auch die Bestimmung in Art. 45 Abs. 3 GVG nichts: Aus der Tatsache, dass der Gesetzgeber lediglich für die Gebäudewasserversicherung nach Art. 44 Bst. e GVG eine Pflicht vorgesehen hat, diese über eine selbständige, privatrechtlich organisierte Tochtergesellschaft anzubieten, kann nicht – wie dies von der Mobilier und dem SVV gemacht wird⁸⁵ – darauf geschlossen werden, dass der Gesetzgeber keine klare Abgrenzung zwischen dem Monopol- und dem Wettbewerbsbereich vorgenommen habe. Selbst wenn weder der Gesetzgeber noch der Verordnungsgeber eine solche Pflicht für sämtliche nach Art. 44 GVG möglichen Zusatzversicherungen vorgesehen hat, lässt sich daraus nicht eine Absicht ableiten, das Monopol auf bestimmte Zusatzversicherungen oder Teile davon auszuweiten. Vielmehr kann daraus allenfalls interpretiert werden, dass es der Gesetzgeber offen lassen wollte, ob auch die GVB selber noch Zusatzversicherungen im Wettbewerb erbringt.⁸⁶

108. Für die Prüfung der Frage, ob ein Anwendungsvorbehalt im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG vorliegt oder nicht, spielt es letztlich aber keine Rolle, ob eine Dienstleistung von der GVB als öffentlich-rechtlichem Institut oder von der GVB PVAG als privatrechtlich organisierter Tochtergesellschaft angeboten wird. Gemäss Art. 2 Abs. 1 KG

⁸² Es handelt sich um Bestimmungen u.a. zu Versicherungspflicht, -deckung, -werten, -prämien sowie zu den Versicherungsleistungen inklusive den Bemessungsgrundlagen und Bestimmungen zum Verfahren im Schadenfall.

⁸³ Siehe Art. 7 Abs. 3 GVG. Derzeit handelt es sich um die GVB Privatversicherungen AG und die GVB Services AG.

⁸⁴ Art. 14 Abs. 2 GVV.

⁸⁵ Schreiben der Mobilier vom 2.8.2011, S. 5; Schreiben des SVV vom 19.9.2011, S. 5.

⁸⁶ Die GVB beabsichtigt, die Produkte "GVB Plus" und "GVB Top" an die GVB PVAG zu übertragen. Betreffend die Versicherungen für gebäudeähnliche Objekte (Art. 44 Bst. a GVG i.V.m. Art. 16 GVV) siehe Ziffer 7 der Verpflichtungserklärung (Rz 167).

gilt das Kartellgesetz sowohl für Unternehmen des privaten als auch des öffentlichen Rechts. Selbst wenn der Regierungsrat des Kantons Bern in seiner Verordnung zum GVG auf Art. 14 Abs. 2 verzichtet und auch die GVB keine Trennung für den Bereich der Zusatzversicherungen vorgesehen hätte, würde dies einer Anwendung des Kartellgesetzes nicht entgegen stehen.⁸⁷

109. Desgleichen kann auch aus Art. 45 Abs. 1 GVG, wonach für die Zusatzversicherungen die Bestimmungen über die obligatorische Versicherung sinngemäss anwendbar sind und das VVG nur ergänzendes Recht bildet, nicht abgeleitet werden, das Monopol gelte auch für die Zusatzversicherungen oder zumindest für Teile davon. Mit der Bestimmung wollte der Gesetzgeber lediglich Rechtsgrundlagen regeln, welche die GVB für ihre Versicherungsverträge mit den Kunden zu berücksichtigen hat, sofern sie Zusatzversicherungen anbieten würde. Jedenfalls kann weder aus dem Wortlaut der Norm noch aus deren Sinn eine Absicht des Gesetzgebers entnommen werden, das rechtliche Monopol auf die Zusatzversicherungen auszudehnen und damit auch für diese eine staatliche Markt- oder Preisordnung zu begründen.⁸⁸

110. Auch aus den Materialien des Regierungsrates lässt sich eine Erweiterung des Anwendungsvorbehalts auf die "Monopolzusatzversicherungen" nicht herleiten: So hat der bernische Regierungsrat bereits in seinem Vortrag vom 4. November 2009 an den Grossen Rat zum Gebäudeversicherungsgesetz und insbesondere zu Art. 44 GVG festgehalten, dass es bei den "freiwilligen" Zusatzprodukten "im Wesentlichen um eine kundenfreundliche Abrundung der Feuer- und Elementarschadendeckung sowie um zusätzliche Leistungen wie die Verzinsung der Schadensumme und den Verzicht auf Selbstbehalte" geht. Zu Art. 45 GVG wird sodann präzisiert, dass die GVB sich aufgrund ihrer öffentlich-rechtlichen Stellung in Verbindung mit ihrem Versicherungsmonopol "bei der Einführung und dem Betrieb der Zusatzversicherungen wettbewerbsneutral zu verhalten und auf Quersubventionierungen aus der obligatorischen Versicherung zu verzichten" habe.⁸⁹

111. Selbst in den nachfolgenden Lesungen des Grossen Rats des Kantons Bern gibt es keine Hinweise dafür, dass das rechtliche Monopol auf die Zusatzversicherungen oder Teile davon ausgedehnt werden soll. Zwar sehen einzelne Votanten in der Erweiterung des Tätigkeitsbereiches und namentlich in der Möglichkeit zum Abschluss von Gebäudewasserversicherungen faktisch die Schaffung eines Monopols zugunsten der GVB.⁹⁰ Allerdings mangelt es in den Materialien an einer Begründung, weshalb mit dem Markteintritt der GVB respektive deren Tochtergesellschaft GVB PVAG in den Bereich der Gebäudewasserversicherungen gleichzeitig Marktschranken für die Privatversicherer geschaffen werden sollen, zumal diese eine Deckung für Wasserschäden an Gebäuden schon seit langem anbieten.

112. Und selbst wenn es für die Privatassekuranz durch den Markteintritt der GVB PVAG künftig schwieriger werden sollte, Versicherungsprodukte anbieten zu können, die einen Sachzusammenhang mit der Gebäudeversicherung haben, und sich dadurch faktisch ein Monopol der GVB am Markt ergeben würde, reicht dies für

eine Unterstellung unter Art. 3 Abs. 1 KG nicht aus. Das Erreichen einer Quasimonopolstellung reicht nicht für die Begründung eines Anwendungsvorbehalts, zumal eine solche Marktstellung gerade auch durch Wettbewerb erreicht werden kann. Andernfalls würde die Anwendung des Kartellrechts im Bereich von Art. 7 KG ad absurdum geführt. Für einen expliziten Ausschluss des Wettbewerbs im Bereich der Zusatzversicherungen liegen somit keine Hinweise vor.

113. Es liegen auch keine Hinweise vor, welche auf das Bestehen eines faktischen Monopols schliessen lassen, z.B. weil aufsichtsrechtliche Bestimmungen oder versicherungstechnische und aktuarielle Grundsätze ein solches Angebot durch Privatversicherer unterbinden würden.

114. Aber selbst wenn von einem (zulässigen) faktischen Monopol für einen bestimmten Teil der Zusatzversicherungen ausgegangen werden müsste, würde dies für eine Unterstellung unter Art. 3 Abs. 1 KG nicht ausreichen. Dabei ist auf einen früheren Entscheid des Bundesgericht zu verweisen, welcher ausführt, dass ein faktisches Monopol, welches beispielsweise auf einer Konzession beruht, nicht ausreichend sei, um einen Vorbehalt im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG zu begründen. Vielmehr müsse die gesetzliche Grundlage, auf welcher die Konzession beruhe, den Wettbewerb offensichtlich ausschliessen⁹¹, was im vorliegenden Verfahren nicht der Fall ist.

⁸⁷ PETER MÜNCH, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 3 Abs. 1 N 20.

⁸⁸ Tagblatt des Grossen Rates des Kantons Bern, Januarsession vom 18. bis 27. Januar 2010, Beilage 4 – Anträge des Regierungsrates und der Kommission für die erste Lesung, S. 4 f.

⁸⁹ Tagblatt des Grossen Rates des Kantons Bern, Januarsession vom 18. bis 27. Januar 2010, Beilage 4 – Anträge des Regierungsrates und der Kommission für die erste Lesung, S. 4 f.

⁹⁰ Votum HANS BAUMBERGER: "Auch wenn es sich hier formaljuristisch nicht um eine Ausweitung des Monopols handelt, läuft es faktisch genau darauf hinaus." (S. 134). Gleicher Ansicht auch Andreas Blank: "Das Monopol ist zwar unbestritten, aber man versucht nun, es mit Nebentätigkeiten und anderen Sachen faktisch, wenn auch nicht rechtlich, zu erweitern." (S. 137) In: Tagblatt des Grossen Rates des Kantons Bern, Januarsession vom 18. bis 27. Januar 2010.

⁹¹ BGE 129 II 497, S. 528: "Un acte administratif (décision, contrat, y compris en particulier une concession) doit se fonder sur une base légale qui peut être conçue de manière large et conférer à l'autorité un large pouvoir d'appréciation. Dans la mesure où cette base légale exige ou autorise de manière claire une exclusion de la concurrence, un acte administratif qui concrétise cette loi peut suffire à exclure le secteur y relatif de la concurrence (...). Une concession pour l'utilisation privative du domaine public n'implique pas nécessairement dans tous les cas un monopole de fait implicite au regard de l'art. 3 al. 1 LCart. Au contraire, une réglementation spécifique peut accorder de manière explicite un droit d'utilisation exclusif à une entreprise déterminée dans le but d'exclure la concurrence. Il convient donc de toujours examiner l'ensemble de la législation en la matière pour pouvoir déterminer si un monopole de fait est basé sur une intervention étatique qui a pour objet d'exclure la concurrence".

115. Für eine klare Trennung zwischen dem Monopolbereich Feuer- und Elementarschaden und den Zusatzversicherungen spricht im Übrigen auch die Verfügung der FINMA vom 6. Juli 2011. Danach liegen die Deckungen der beiden von der GVB bisher vertriebenen Produkte "GVB Plus" und "GVB Top" ausserhalb der Versicherungspflicht gemäss GVG und unterstehen deshalb nicht dem Gebäudeversicherungsmonopol des Kantons Bern.⁹² Die FINMA hätte aber eine Betriebsbewilligung für die GVB PVAG kaum erteilt, wenn die Zusatzversicherungsprodukte "GVB Plus" und "GVB Top" Elemente aus der Monopolversicherung enthielten und sie dadurch einer Verletzung von aufsichtsrechtlichen Bestimmungen im VAG respektive von anerkannten versicherungstechnischen und aktuariellen Grundsätzen zugestimmt hätte.

116. Die im Gesetz ausdrücklich formulierte Zweiteilung zwischen obligatorischer Feuer- und Elementarschadenversicherung einerseits und den freiwilligen Zusatzversicherungen andererseits, sowie das in Art. 45 Abs. 2 GVG enthaltene Quersubventionierungsverbot für die Tätigkeiten im Bereich der Zusatzversicherungen, lassen keinen anderen Schluss zu, als dass der Gesetzgeber für die Zusatzversicherungen weder eine staatliche Markt- oder Preisordnung schaffen, noch die GVB oder deren Tochtergesellschaften mit besonderen Rechten ausstatten wollte.

117. Somit besteht für die Gebäudezusatzversicherungen im kantonalen Recht kein Vorbehalt im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG.

118. Auch auf Ebene des Bundesrechts sind keine Bestimmungen ersichtlich, welche für die Zusatzversicherungen einen Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG zu begründen vermögen.

119. Zwar enthält Art. 33 VAG eine Bestimmung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG, wonach ein Versicherungsunternehmen für in der Schweiz gelegene Risiken das Feuerrisiko nur dann decken darf, wenn es gleichzeitig auch die Deckung von Elementarschäden einschliesst. Zudem gilt ein einheitlicher Prämientarif, welcher für alle Versicherungsunternehmen in der Schweiz verbindlich ist. Jedoch betrifft diese Vorschrift nur diejenigen Versicherungsgesellschaften, welche in den GUSTAVO-Kantonen eine Feuer- und Elementarschadenversicherung anbieten.

120. Die von der GVB PVAG angebotenen Zusatzversicherungen liegen ausserhalb des kantonalen Versicherungsmonopols und enthalten gemäss Verfügung der FINMA auch keine Deckungen, welche dem einschlägigen Regelungsbereich des VAG respektive der AVO⁹³ in Bezug auf die Elementarschadenversicherung zu unterstellen wären.⁹⁴ Entsprechend kommt Art. 33 VAG nicht zur Anwendung und es besteht für die Zusatzversicherungen kein Vorbehalt nach Art. 3 Abs. 1 KG.

121. Auch dem VVG sind keine Bestimmungen zu entnehmen, welche den Wettbewerb im hier interessierenden Bereich ausschliessen.⁹⁵

B.2.3 Nebentätigkeiten

122. Zu den Nebentätigkeiten gemäss Art. 7 Abs. 1 GVG gehören die Schadenabwicklung für Dritte (Bst. a), das Erbringen von Dienstleistungen im Infrastrukturbereich

(Bst. b), die Beratung in der Schadenprävention (Bst. c) und die Schätzung von Gebäuden (Bst. d). Diese Tätigkeiten sind zwingend durch selbständige, privatrechtlich organisierte Tochtergesellschaften zu erbringen (Art. 7 Abs. 3 GVG) und dürfen nicht mit Erträgen aus der obligatorischen Versicherung vergünstigt werden (Art. 7 Abs. 2 GVG).

123. Mit der Schadenabwicklung für Dritte sollen die bisherigen Erfahrungen der GVB dazu genutzt werden, andere Versicherer bei der Schadenerledigung im Gebäudebereich zu unterstützen. Sodann soll die GVB mit ihrer als effizient geltenden IT-Struktur gleichgelagerte Versicherungen unterstützen oder mit ihnen kooperieren können. Weiter ist angedacht, das Fachwissen der GVB im Bereich des Brandschutzes durch entgeltliche Beratungsdienstleistungen auch anderen interessierten Kreisen anzubieten. Schliesslich soll die bisherige Schätzungsorganisation auch für andere Schätzungen verfügbar gemacht werden.⁹⁶

124. Von diesen Nebentätigkeiten abzugrenzen sind einerseits diejenigen Dienstleistungen, welche die GVB zwar im Monopolbereich erbringen muss, jedoch an eine oder an beide Tochtergesellschaften ausgelagert. Es handelt sich dabei um diejenigen Dienstleistungen, welche im Rahmen des Outsourcings mittels Dienstleistungsvertrages an die Tochtergesellschaften und insbesondere an die GVB PVAG ausgelagert werden.⁹⁷ Im Wesentlichen sind dies die Produktion (Produktentwicklung, Vertrieb, Risikozeichnung), die Bestandesverwaltung (Policenverwaltung), die Schadenregulierung und die Grosskundenbetreuung (vgl. oben Rz 21).⁹⁸

125. Andererseits sind von den Nebentätigkeiten die Zusatzversicherungen abzugrenzen, welche die GVB respektive deren Tochtergesellschaft GVB PVAG aufgrund von Art. 44 GVG anbieten darf. In diesem Bereich wird die GVB PVAG ebenfalls die zentralen Funktionen eines Versicherungsgeschäfts, also die Produktion, die Bestandesverwaltung und die Schadenregulierung für sich und auf eigene Rechnung ausüben.

⁹² Verfügung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA vom 6. Juli 2011 in Sachen GVB Privatversicherungen AG, S. 6 f. E. 3.3.

⁹³ Verordnung über die Beaufsichtigung von privaten Versicherungsunternehmen (Aufsichtsverordnung, AVO; SR 961.011).

⁹⁴ Verfügung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA vom 6. Juli 2011 in Sachen GVB Privatversicherungen AG, S. 6 f. E. 3.3.

⁹⁵ RPW 2006/3, 518, Rz 46 und 519 f. Rz 58, *Gebäudeversicherung in den liberalisierten Kantonen*.

⁹⁶ Tagblatt des Grossen Rates des Kantons Bern, Januarsession vom 18. bis 27. Januar 2010, Jahrgang 2010, Beilage 4 – Vortrag des Regierungsrates an den Grossen Rat zum Gebäudeversicherungsgesetz (GVG), S. 8.

⁹⁷ Die FINMA hat in ihrer Verfügung vom 6.7.2011 entschieden, dass diese Funktionen kein versicherungsfremdes Geschäft darstellen und eine Auslagerung an die GVB PVAG deshalb nach den Vorschriften des VAG als zulässig gilt (S. 5 f. E. 3.2).

⁹⁸ Weder das GVG noch die dazu gehörige GVV schreiben vor, dass die GVB sämtliche Dienstleistungen im Monopolbereich selbständig erbringen muss. Es bestehen zudem auch keine Vorschriften, welche der GVB die Auslagerung von Tätigkeiten im Bereich des Gebäudeversicherungsmonopols an die Tochtergesellschaften untersagen würden.

126. Was die Tätigkeiten im Monopolbereich und die Zusatzversicherungen betrifft, kann hinsichtlich der Frage nach dem Anwendungsvorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG grundsätzlich auf die obenstehenden Ausführungen (vgl. Rz 75 ff. und Rz 97 ff.) verwiesen werden. Im Einzelfall können aber Abgrenzungsschwierigkeiten zu den Nebentätigkeiten nach Art. 7 GVG nicht ausgeschlossen werden, so beispielsweise bei der Schadenregulierung, weil die GVB PVAG die Schadenabwicklung nicht nur für das eigene Geschäft, sondern aufgrund des Dienstleistungsvertrages auch für ihre Muttergesellschaft vornimmt und – nach Art. 7 Abs. 1 Bst. a GVG – sogar für Dritte erbringen kann.

127. Solche Abgrenzungsschwierigkeiten ergeben sich im vorliegenden Fall zwangsläufig aus der Tatsache, dass zum einen der kantonale Gesetzgeber in Art. 7 Abs. 1 GVG die zusätzlichen Kompetenzen der GVB teilweise mit unbestimmten Ausdrücken umrissen hat (so z.B. in Bst. b. die Erbringung von Dienstleistungen im Infrastrukturbereich), vor allem aber aus dem Umstand, dass die GVB von Synergien profitieren will und entsprechend Dienstleistungen weitestgehend konzernintern zusammenführt (vgl. Rz 19 ff.). Trotzdem oder gerade deswegen ist die auch vom Bundesgericht vertretene Haltung, wonach ein Anwendungsvorbehalt nach Art. 3 Abs. 1 KG nur sehr restriktiv anzunehmen ist, gerade in Fällen wie dem vorliegenden von entscheidender Bedeutung, um letztlich den verfassungsrechtlichen Vorgaben und namentlich dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit nachzukommen.

128. In seinem Vortrag an den Grossen Rat des Kantons Bern vertritt der bernische Regierungsrat die Meinung, dass Nebentätigkeiten von öffentlich-rechtlichen Unternehmen selbst dann zulässig seien, wenn diese gleichzeitig über ein Monopol verfügten. Voraussetzung für diese Nebentätigkeiten seien jedoch, dass eine klare gesetzliche Grundlage und ein öffentliches Interesse daran bestünde sowie die Verhältnismässigkeit gewahrt bleibe. Zudem sollten Nebentätigkeiten auf diejenigen Bereiche beschränkt bleiben, die in einem engen sachlichen Zusammenhang mit der Haupttätigkeit stünden.¹⁰⁰

129. Diese Voraussetzungen seien im vorliegenden Fall erfüllt. So schaffe Art. 7 GVG gerade die erforderliche formellgesetzliche Grundlage. Zudem sei das öffentliche Interesse an einer Risikodiversifikation in Anbetracht der neuen Risikolagen im Elementarschadenbereich klar gegeben und auch die Verhältnismässigkeit bleibe durch die Nutzung des Know-how bei der GVB gewahrt. Überdies stünden die Nebentätigkeiten in einem engen sachlichen Zusammenhang mit der Haupttätigkeit, gehe es doch gerade darum, das Fachwissen der GVB Dritten zur Verfügung zu stellen. Im Weiteren verweist der Regierungsrat auch auf die Pflicht zur Ausübung der Nebentätigkeiten mittels einer selbständigen Gesellschaft (Art. 7 Abs. 3 GVG) sowie auf das in Art. 7 Abs. 2 GVG statuierte Quersubventionierungsverbot, mit dem verhindert werden soll, dass die Nebentätigkeiten zu einer Wettbewerbsverzerrung führen.¹⁰¹

130. Dass die Nebentätigkeiten nicht dem Monopol zuzurechnen sind, wird vom Regierungsrat in seiner Stellungnahme zum Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens sodann ausdrücklich hervorgehoben. Danach sei

"zu unterstreichen, dass das Monopol der GVB mit den Nebentätigkeiten nicht erweitert wird, da sie diese auf dem freien Markt ausüben wird. (...) Die Konkurrenzierung der Privatversicherer findet ohne Quersubventionierung nur in einem sehr engen Bereich statt und ist deshalb verhältnismässig."¹⁰²

131. Der Grosse Rat des Kantons Bern ist dieser Einstellung gefolgt: Dass mit Art. 7 Abs. 1 GVG ein Vorstossen der GVB respektive deren Tochtergesellschaften in den freien Markt beabsichtigt worden ist, erhellt sich aus verschiedenen Voten von Mitgliedern des Grossen Rates, wonach eine Konkurrenzierung Dritter am Markt durch die entsprechenden Tochtergesellschaften befürchtet wird.¹⁰³

132. Der Gesetzgeber ist somit davon ausgegangen, dass die Nebentätigkeiten nach Art. 7 Abs. 1 GVG im Wettbewerb erbracht werden.¹⁰⁴ Somit sind auf kantonaler Ebene keine Bestimmungen ersichtlich, welche einen Vorbehalt im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG zu begründen vermögen. Auch auf Ebene des Bundesrechts sind keine solchen Vorschriften ersichtlich und werden weder von der GVB noch von den Privatversicherungen geltend gemacht.

B.2.4 Zusammenfassung

133. Vorbehaltene Vorschriften nach Art. 3 Abs. 1 KG bestehen bezüglich der obligatorischen Feuer- und Elementarschadenversicherung. In diesem Bereich ist somit der Anwendungsbereich des KG ausgeschlossen.

⁹⁹ BGE 129 II 497, 515, E.3.3.3.

¹⁰⁰ Tagblatt des Grossen Rates des Kantons Bern, Januarsession vom 18. bis 27. Januar 2010, Jahrgang 2010, Beilage 4 – Vortrag des Regierungsrates an den Grossen Rat zum Gebäudeversicherungsgesetz (GVG), S. 8.

¹⁰¹ Tagblatt des Grossen Rates des Kantons Bern, Januarsession vom 18. bis 27. Januar 2010, Jahrgang 2010, Beilage 4 – Vortrag des Regierungsrates an den Grossen Rat zum Gebäudeversicherungsgesetz (GVG), S. 8.

¹⁰² Tagblatt des Grossen Rates des Kantons Bern, Januarsession vom 18. bis 27. Januar 2010, Jahrgang 2010, Beilage 4 – Vortrag des Regierungsrates an den Grossen Rat zum Gebäudeversicherungsgesetz (GVG), S. 21.

¹⁰³ Vgl. z.B. Auszug aus dem Votum von GR Ruedi Sutter: "Bereits im Rahmen der Vernehmlassung sprach sich die FDP grundsätzlich gegen die Ausdehnung der Tätigkeit des Monopolisten GVB ausserhalb seiner Kernaktivitäten aus. Das gilt ganz besonders für Bereiche, **in denen der Markt zugelassen ist und funktioniert, in denen Wettbewerb herrscht** und wo private Anbieter ihr Einkommen erzielen müssen und Arbeitskräfte beschäftigen. Es kann nicht Aufgabe des Kantons sein, indirekt die Privatwirtschaft zu konkurrenzieren." Beispielhaft sind auch die Voten von GR Peter Brand: "In diesem Bereich (...) existiert kein Marktversagen. Das wurde schon mehr als ein Mal gesagt. Es existieren Anbieter, die diese Dienstleistungen anbieten.", und von GR Hans Baumgartner: "Es braucht die GVB in diesen Bereichen nicht, weil es mehr als genug private Leistungserbringer gibt, welche exakt diese Dienstleistungen anbieten.", in: Tagblatt des Grossen Rates des Kantons Bern, Junisession vom 1. bis 9. Juni 2010, S. 615 ff., (Hervorhebung durch Sekretariat).

¹⁰⁴ Siehe auch das Votum von Volkswirtschaftsdirektor Andreas Rickenbacher anlässlich der ersten Lesung des neuen Gebäudeversicherungsgesetzes: "Das Verbot der Quersubventionierung in Artikel 7 verhindert, dass die Nebentätigkeiten der GVB wettbewerbsverzerrend wirken, indem aus dem Monopol heraus **die Dienstleistungen, die am Markt angeboten werden**, vergünstigt werden.", in: Tagblatt des Grossen Rates des Kantons Bern, Januarsession vom 18. bis 27. Januar 2010, S. 136 (Hervorhebung durch Sekretariat).

134. Dagegen bestehen weder für den Bereich der Zusatzversicherungen nach Art. 44 f. GVG noch für die Nebentätigkeiten nach Art. 7 GVG vorbehaltene Vorschriften. Die wirtschaftliche Tätigkeit der GVB und deren Tochtergesellschaften GVB PVAG und GVB SAG in diesen Bereichen untersteht somit dem Anwendungsbe- reich des KG.

B.3 Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen

135. 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).

136. In Art. 7 Abs. 2 KG werden solche Verhaltensweisen beispielhaft aufgezählt, wobei es sich nach herrschender Lehre und Praxis nicht um eine abschliessend Aufzählung handelt. Zudem müssen in jedem Fall die in Art. 7 Abs. 1 KG enthaltenen allgemeinen Kriterien in jedem Fall gegeben sein. Umgekehrt kann die Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG aber auch Sachverhalte erfassen, die im Beispielkatalog nicht aufgezählt sind.¹⁰⁵

B.3.1 Marktbeherrschende Stellung

137. 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).

138. Um festzustellen, ob sich die GVB tatsächlich in wesentlichem Umfang von anderen Marktteilnehmern unabhängig verhalten kann, ist vorab der relevante Markt abzugrenzen.

B.3.1.1 Relevanter Markt

139. Vorliegend kann für die Bestimmung der relevanten Märkten zwischen drei verschiedenen Bereichen unterschieden werden, wobei weitere Unterteilungen innerhalb dieser Bereiche in spezifische Segmente nicht auszuschliessen sind. Es handelt sich dabei um die obligatorische Feuer- und Elementarschadenversicherung, die Zusatzversicherungen und die sogenannten Nebentätigkeiten.

140. Gemäss ständiger Praxis der Wettbewerbsbehörden¹⁰⁶ werden im Bereich der Privatversicherung grundsätzlich so viele unterschiedliche Produktemärkte angenommen, wie es Versicherungen für unterschiedliche Risiken gibt. Dies begründet sich damit, dass sich aus Nachfragersicht die Eigenschaften, Prämien und die Verwendungsmöglichkeiten je nach Risiko unterscheiden und die einzelnen Versicherungsprodukte kaum als Substitute betrachtet werden können. In einem ersten Schritt kann dabei vom Anhang 1 der AVO ausgegangen werden, welche für die Erteilung der Betriebsbewilligung sämtliche mögliche Risiken innerhalb der drei Versicherungstypen "Lebensversicherung" (Gruppe A), "Schadenversicherung" (Gruppe B) und "Rückversicherung" (Gruppe C) in einzelne Versicherungszweige unterteilt, wobei teilweise innerhalb eines Versicherungszweiges noch differenziertere Unterteilungen vorgenommen werden.¹⁰⁷

141. Zum Versicherungszweig B8 gehört die Versicherung gegen Feuer- und Elementarschäden. Diese kombinierte Versicherung¹⁰⁸ wird schweizweit in sämtlichen Kantonen angeboten. Während in den Monopolkantonen die kantonalen Gebäudeversicherungsanstalten das Feuer- und Elementarrisiko absichern, sind es in den GUSTAVO-Kantonen die privaten Sachversicherer. Wie überall in den Monopolkantonen gilt auch im Kanton Bern ein Versicherungsobligatorium: Jeder Eigentümer eines Gebäudes, welches im Kanton Bern liegt, ist verpflichtet, dieses gegen Feuer- und Elementarschaden bei der GVB zu versichern.

142. Für die Zwecke der vorliegenden Vorabklärung kann somit in sachlicher Hinsicht ein Markt für die Feuer- und Elementarschadenversicherung definiert werden. Geographisch ist dieser Markt auf den Kanton Bern beschränkt.

143. Gemäss Art. 44 GVG besteht sodann die Möglichkeit, dass die GVB Zusatzversicherungen anbieten darf. Diese Zusatzversicherungen haben einen sachnahen Zusammenhang mit der Monopolversicherung, weil sie entweder zur Verbesserung der obligatorischen Deckungen oder Leistungen beitragen, die Umgebung von Gebäuden gegen Risiken schützen oder den Versicherungsschutz auf gebäudeähnliche Objekte ausdehnen sollen. Da diese Zusatzversicherungen nicht dem kantonalen Monopol unterstehen, können diese im Wettbewerb mit Dritten angeboten werden. Die Privatassekuranz verfügt bereits über einzelne Produkte (z.B. Gebäudewasserversicherung), welche derzeit in Kombination mit anderen Versicherungen (z.B. Hausratversicherungen, Personenhaftpflichtversicherungen) angeboten werden. Es handelt sich somit um Nebenmärkte.

144. Da mit den Zusatzversicherungen unterschiedliche Risiken abgegolten werden können, könnte jedes einzelne versicherbare Risiko praxismässig als eigenständiger Markt abgegrenzt werden. Darauf kann vorerst verzichtet werden, da die zugrundeliegende Problematik bei sämtlichen Nebenmärkten auftreten kann. Zur Vereinfachung wird deshalb ein Markt für Zusatzversicherungen für Gebäude, gebäudenah und gebäudeähnliche Objekte definiert (Markt für Gebäude-Zusatzversicherungen). Dieser Markt kann kantonal abgegrenzt werden, da ein Grossteil der Gebäudeeigentümer solche Zusatzversicherungen ("GVB Plus", "GVB Top") bei der GVB selber oder bei den lokalen Agenturen von schweizweit tätigen Drittanbietern solcher Versicherungen nachfragen.

145. Es besteht ein sachlich relevanter Markt für Gebäude-Zusatzversicherungen. Dieser ist räumlich auf den Kanton Bern begrenzt.

¹⁰⁵ RPW 2011/1, 142 Rz 297 – SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC).

¹⁰⁶ z.B. RPW 2008/3, 468 Rz 33, *Barkshire Hathaway/Munich Re/Global Aerospace*, m.w.H.

¹⁰⁷ Siehe: http://www.admin.ch/ch/d/sr/961_011/app1.html (zuletzt besucht am 30.9.2011).

¹⁰⁸ Vgl. oben Rz 3.

146. Art. 7 GVG erlaubt der GVB auch, Nebentätigkeiten auszuüben, soweit diese mit ihren Haupttätigkeiten zusammenhängen, so namentlich die Schadenabwicklung, die Erbringung von Dienstleistungen im Infrastrukturbereich, Beratungen in der Schadenprävention und Schätzung von Gebäuden. Diese Nebentätigkeiten dürfen ausserhalb der GVB-Gruppe von der GVB Dritten gegenüber angeboten werden.

147. Auch bei diesen Nebentätigkeiten handelt es sich jeweils um einzelne Dienstleistungen, welche auch separat auf dem jeweiligen Markt von Dritten erhältlich sind. Entsprechend könnte jede Dienstleistung als eigenständiger Markt abgegrenzt werden. Jedoch trifft die Grundproblematik auch hier wiederum sämtliche Märkte gleich, weshalb vereinfacht von einem Markt für Nebentätigkeiten im Bereich der Gebäudeversicherung ausgegangen werden kann.¹⁰⁹

148. Trotz der sachlichen Eingrenzung der Nebentätigkeiten auf das Gebiet der Haupttätigkeit dürfte sich bei der räumlichen Abgrenzung ein grösserer Markt als nur der kantonale ergeben. Wie in Rz 123 ausgeführt, besteht der Zweck der Nebentätigkeit im Wesentlichen in der Nutzbarmachung des Know-how und der Kompetenzen der GVB zugunsten anderer Versicherer und Institutionen. Im Fokus stehen dabei besonders die Gebäudeversicherer, wozu auch andere kantonale Anstalten zu zählen sind. Für die Nebentätigkeiten ist deshalb eher von einem nationalen Markt auszugehen.

149. Es besteht ein sachlich relevanter Markt für Nebentätigkeiten im Bereich der Gebäudeversicherung. Dieser ist räumlich auf die Schweiz begrenzt.

B.3.1.2 Marktstellung

150. In der obligatorischen Grundversicherung gegen Feuer- und Elementarschäden verfügt die GVB im Kanton Bern über ein staatliches Monopol und nimmt damit auf dem Markt für die Feuer- und Elementarschadenversicherung eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG ein.

151. Neben der obligatorischen Grundversicherung bietet die GVB seit 1993 respektive 2001 die beiden freiwilligen Zusatzversicherungen "GVB Plus" und "GVB Top" an. Diese Versicherungen sollen als Folge der im GVG und in der GVV vorgeschriebenen Entflechtung der freiwilligen Zusatzversicherungen von der obligatorischen Monopolversicherung von der GVB auf die GVB PVAG übertragen werden.

152. Gegenstand dieser Vorabklärung bilden mögliche Wettbewerbsverzerrungen, welche durch die Tätigkeiten der GVB ausserhalb ihrer Monopoltätigkeit, also in den Märkten für Gebäude-Zusatzversicherungen und für Nebentätigkeiten im Bereich der Gebäudeversicherungen entstehen könnten. Da sich diese Problematik allein aus der Monopolstellung der GVB in der obligatorischen Grundversicherung ergibt, erübrigt es sich, die Marktstellung der GVB respektive deren Tochtergesellschaften auf den Märkten ausserhalb des Monopols zu prüfen.

B.3.2 Unzulässige Verhaltensweisen

B.3.2.1 Behinderungsmisbrauch nach Art. 7 KG

153. Art. 7 Abs. 1 KG enthält zwei strukturell verschiedene Verhaltensweisen, die als missbräuchlich bezeichnet werden, voneinander aber abzugrenzen sind, nämlich zum einen der Behinderungsmisbrauch und zum anderen der Ausbeutungsmisbrauch.

154. Beim Behinderungsmisbrauch werden andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs beschränkt. Durch das verdrängende Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens werden aktuelle Konkurrenten geschwächt oder sogar vom Markt verdrängt. Bei potenziellen Konkurrenten wird der Markteintritt verhindert.

155. Vom Ausbeutungsmisbrauch betroffen sind nicht die Wettbewerber eines marktbeherrschenden Unternehmens, sondern dessen nachfragende oder anbietende Marktgegenseite. Durch das missbräuchliche Verhalten wird in diesem Fall die betroffene Marktgegenseite ausgebeutet, indem das marktbeherrschende Unternehmen beispielsweise seine Stellung dazu nutzt, dem Nachfrager übermässige Preise aufzuzwingen oder bestimmte Produkte aus dem Sortiment mit anderen zu koppeln. Letzteres ist für den vorliegenden Fall nicht von Bedeutung.

156. Ein marktbeherrschendes Unternehmen kann andere Unternehmen grundsätzlich auf verschiedenen Märkten oder Marktstufen behindern. So kann beispielsweise eine Behinderung in demjenigen Markt stattfinden, in welchem die Marktbeherrschung besteht, d.h. auf derselben Marktstufe (horizontale Marktverschliessung). Möglich ist eine Behinderung aber auch in vor- oder nachgelagerten Märkten (vertikale Marktverschliessung). Selbst in benachbarten Märkten kann eine Behinderung von Wettbewerbern durch das marktbeherrschende Unternehmen stattfinden. Dabei ist nicht notwendig, dass das marktbeherrschende Unternehmen auf diesen benachbarten respektive vor- oder nachgelagerten Märkten überhaupt präsent oder sogar marktbeherrschend ist. Das Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens erleichtert diesem jedoch, seine Marktmacht auch auf andere Märkte zu übertragen (sog. Leveraging). Die Formen einer Marktverschliessung sind dabei vielfältig. Die einfachste Form hierfür ist die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen mit möglichen Konkurrenten auf den benachbarten respektive den vor- oder nachgelagerten Märkten. Andere Fälle sind beispielsweise die Begünstigung von eigenen Tochter- und Schwestergesellschaften, welche in diesen Märkten tätig sind, oder der Abschluss von Koppelungsverträgen. Häufig kommt die Marktverschliessung auch in Form einer technischen Behinderung vor.¹¹⁰

¹⁰⁹ Diese Umschreibung dürfte normalerweise wohl zu eng sein, als bestimmte Tätigkeiten wie z.B. die Schadensabwicklung oder die Erbringung von Dienstleistungen im Infrastrukturbereich auch für andere Versicherungszweige oder sogar andere Wirtschaftszweige (z.B. Finanzdienstleistungen allgemein) erbracht werden könnten. Allerdings beschränkt das GVG den Handlungsbereich der GVB selber auf die "Haupttätigkeiten".

¹¹⁰ RPW 2011/1, 143 Rz 301 ff., *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*, mit Beispielen zur Praxis.

157. In der Lehre wird mitunter die Meinung vertreten, dass bei öffentlichen Unternehmen die Beurteilung eines möglicherweise missbräuchlichen Verhaltens nach strengeren Kriterien erfolgen sollte als bei privaten Unternehmen. Dies wird hauptsächlich mit dem Argument begründet, dass die Marktstellung eines öffentlichen Unternehmens weniger oder gar nicht auf einer eigenen schützenswerten Leistung beruhe.¹¹¹

158. Solche erhöhte Anforderungen sollten speziell für öffentliche Unternehmen gelten, welche über ein staatliches Monopol oder über eine Einrichtung verfügen, auf deren Benutzung andere Marktteilnehmer angewiesen sind (sog. "essential facilities").¹¹² Bei einer Verweigerung der Geschäftsbeziehung (Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG) fehle für die betroffenen Marktteilnehmer eine Ausweichmöglichkeit. Aber auch im Falle der Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG) seien die Kriterien strenger zu ziehen: So hätten öffentliche Unternehmen gerade in denjenigen Fällen Anreize für eine Diskriminierung, wo diese, aufbauend auf einer Basisdienstleistung, Mehrwerte für Produkte oder Dienstleistungen schaffen würden, die im Rahmen einer Nebentätigkeit auf dem Markt angeboten würden. Verfügten sodann öffentliche Unternehmen aufgrund ihrer Haupttätigkeit über bestimmte Privilegien, seien diese verpflichtet, ihre Handelspartner diskriminierungsfrei zu behandeln. Als missbräuchlich wird insbesondere die Gewährung von sachlich nicht zu rechtfertigenden Rabatten angesehen.¹¹³

159. Als sehr problematisch bei öffentlichen Unternehmen gelten auch die gezielte Unterbietung von Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen, die Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung sowie die Koppelungsgeschäfte (Art. 7 Abs. 2 Bst. d-f KG). Im Gegensatz zu privaten Unternehmen verfügen gerade staatliche Monopolunternehmen über andere Finanzierungsmöglichkeiten. So können diese beispielsweise über Monopolrenten oder staatliche Zuschüsse andere Tätigkeiten, welche im Wettbewerb zu Dritten erbracht werden, verbilligen (Möglichkeit von Quersubventionierungen). Einschränkungen der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklungen sind sodann in denjenigen Bereichen denkbar, in denen ein staatliches Unternehmen zusätzlich zu den Dienstleistungen im Rahmen eines Versorgungsauftrages auch noch Nebentätigkeiten erbringt. Auch denkbar sind Koppelungspraktiken, bei welchen Tätigkeiten, welche im Wettbewerb zu Dritten erbracht werden, mit der Haupttätigkeit gekoppelt werden. Dabei kann die Missbräuchlichkeit des Verhaltens auch in der rechtlichen Sonderstellung des öffentlichen Unternehmens liegen.¹¹⁴

B.3.2.2 Exkurs: Corporate Governance bei staats-eigenen Unternehmen

160. Es ist anerkannt, dass staatliche Unternehmen aufgrund ihrer privilegierten Stellung den Wettbewerb negativ beeinflussen können. Dabei sind die Gründe, welche zu dieser privilegierten Stellung führen können, oft sehr unterschiedlicher Natur.¹¹⁵ Allen gemeinsam ist jedoch der Umstand, dass diese Vorzugsrechte nicht auf effizienteren Leistungen, besseren Technologien oder überlegeneren Führungskompetenzen basieren, son-

dern durch den Staat selber geschaffen werden. Da solche Vorteile den Unternehmen in Privatbesitz nicht zukommen, führt dies zu ungleich langen Spiessen im Wettbewerb. Für staatliche Unternehmen ergeben sich dadurch grössere Anreize, preisliche und andere betriebswirtschaftlich relevante Strategien so auszuwählen, dass daraus Wettbewerbsverzerrungen entstehen können.¹¹⁶

161. Unter den OECD-Staaten herrscht insbesondere eine Einigkeit darüber, dass eine ex-post Verhaltenskontrolle und die Anwendung des Kartellrechts durch die Wettbewerbsbehörden sich bei staatlichen Unternehmen mitunter sehr schwierig gestaltet. Deshalb wurden alternative Lösungsansätze diskutiert, wobei neben der vollständigen Privatisierung von staatlichen Unternehmen auch zahlreiche andere Massnahmen vorgeschlagen wurden.¹¹⁷

162. Zu diesen gehören insbesondere auch Massnahmen, welche die Grundsätze der Unternehmensführung (Corporate Governance) betreffen und geeignet sind, dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität so weit wie möglich nachzukommen. Die entsprechenden Massnahmen wurden 2005 im Rahmen von OECD-Leitsätzen definiert.¹¹⁸

B.3.2.3 Missbräuchliche Verhaltensweise der GVB

163. Aus Sicht der Privatversicherer sind die folgenden Verhaltensweisen der GVB als missbräuchlich und deshalb als unzulässig im Sinne von Art. 7 KG zu qualifizieren:

¹¹¹ STEFAN VOGEL, Der Staat als Marktteilnehmer, Diss. Zürich 2000, 192 f.

¹¹² MASSIMO MOTTA, Competition Policy, 2004, 68.

¹¹³ STEFAN VOGEL, Der Staat als Marktteilnehmer, Diss. Zürich 2000, 193 ff.

¹¹⁴ STEFAN VOGEL, Der Staat als Marktteilnehmer, Diss. Zürich 2000, 196 ff.

¹¹⁵ So kann ein Staat einzelne Unternehmen beispielsweise mit Exklusivrechten oder mit einem Monopol für die Ausübung einer bestimmten Tätigkeiten ausstatten. Denkbar wäre auch, dass der Staat seinem Unternehmen den Zugang zu Fremdkapital z.B. über zinsgünstige Darlehen oder über eine Ausfallgarantie erleichtert. Weitere Vorteile können u.a. in einer fehlenden Abgeltung des Eigentümerkapitals, im Ausschluss von einer Besteuerung, in der Sonderbehandlung bei Konkursbestimmungen, im Vorliegen von Informationsvorsprüngen oder bei der Gewährung von direkten und indirekten Subventionen bestehen. Vgl. hierzu OECD, Policy Roundtables, State Owned Enterprises and the Principle of Competitive Neutrality, 2009, S. 35 ff.

¹¹⁶ OECD, Policy Roundtables, State Owned Enterprises and the Principle of Competitive Neutrality, 2009, S. 26: "As opposed to privately-owned firms, SOEs [State Owned Enterprises] may find it beneficial to foreclose competitors and expand the scope of the SOE's operations and its revenues even if such strategies generate losses. Examples of these strategies include pricing products below cost, cross-subsidisation between reserved and competitive activities raising rivals' operating costs or erecting barriers to preclude entry of more efficient rivals in the market.". Vgl. auch die Bemerkungen hierzu auf den S. 37 ff.

¹¹⁷ Zu diesen Massnahmen gehören unter anderem die Trennung zwischen staatlicher und kommerzieller Aktivitäten, Schaffung strenger Regeln für die Transparenz und Offenlegung, Schaffung eines hohen Grades an Unabhängigkeit gegenüber den staatlichen Organen und die Senkung von Markteintrittsbarrieren. OECD, Policy Roundtables, State Owned Enterprises and the Principle of Competitive Neutrality, 2009, S. 26.

¹¹⁸ OECD, OECD-Leitsätze zu Corporate Governance in staatseigenen Unternehmen, 2006, S. 9 ff.

- die Gründung der Tochtergesellschaften GVB PVAG und GVB SAG,
- die organisatorische Verflechtungen bei den Verwaltungsräten und dem Management,
- die Übertragung der beiden Bestände "GVB Plus" und "GVB Top",
- die Verwendung einer gemeinsamen Dachmarke,
- die gegenseitige Erbringung von Dienstleistungen,
- die "Marketingaktion" vom November 2010,
- die Diskriminierung von Dritten durch Nutzung von Daten aus dem Monopol durch die GVB PVAG,
- das Anerbieten von Kombiprodukten durch die GVB PVAG und
- die Gewährung von Rabattmöglichkeiten.

164. Da die GVB im vorliegenden Fall über ein rechtliches Monopol bei der Feuer- und Elementarschadenversicherungen im Kanton Bern verfügt und somit ein Wettbewerb in diesem Markt ausgeschlossen ist, ist in casu nur eine Marktverschliessung in Nebenmärkten respektive eine vertikale Marktverschliessung möglich. Die von der Marktverschliessung betroffenen Märkte sind die Märkte für Gebäude-Zusatzversicherungen und für Nebentätigkeiten im Bereich der Gebäudeversicherungen.

165. Bei den meisten Sachverhalten in Rz 163 (Gründung von Tochtergesellschaften, Organisation des Verwaltungsrats und des Managements, Übertragung von Versicherungsbeständen, Verwendung einer gemeinsamen Dachmarke, gegenseitige Erbringung von Dienstleistungen) handelt es sich um konzerninterne, organisationsbezogene Vorgänge, welche zu einem grossen Teil von der GVB aktuell noch gar nicht umgesetzt worden, sondern nur geplant sind. Diese können sich nur mittelbar auf den Wettbewerb auswirken, weshalb eine summarische Prüfung dieser Vorgänge unter Art. 7 KG derzeit kaum Anhaltspunkte für ein missbräuchliches Verhalten der GVB zu liefern vermag. Es spielt letztlich für eine kartellrechtliche Analyse nach Art. 7 KG keine Rolle, ob die GVB selber Dienstleistungen im Wettbewerb anbietet, oder ob sie das über eine oder mehrere Tochtergesellschaften macht. Trotzdem sind die als rein konzernintern betrachteten Sachverhalte Gegenstand der nachfolgend wiedergegebenen Verpflichtungszusagen, da sie als geeignet erscheinen, den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität zu erfüllen und potentiell wettbewerbswidrige Verhaltensweisen der GVB und ihrer Tochtergesellschaften auszuschliessen.

166. Einzig bei der "Marketingaktion" vom November 2010¹¹⁹, der Nutzung von Daten aus dem Monopol, dem Anerbieten von Kombiprodukten und der Gewährung von Rabattmöglichkeiten besteht aktuell ein Potential für künftige Wettbewerbsverzerrungen. Die von den Privatversicherern vorgebrachten, möglichen kartellrechtlichen Bedenken konnte die GVB aber mit diversen Verpflichtungszusagen ausräumen. Zudem dürfte die geplante Ausgestaltung des Vorhabens der GVB und der Tochtergesellschaften dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität im Sinne der von der OECD vorgeschlagenen Massnahmen weitestgehend entsprechen.

B.3.2.4 Verpflichtungserklärung der Gebäudeversicherung Bern (GVB)

167. Mit Datum vom 29. November 2011 hat die GVB gegenüber dem Sekretariat der WEKO eine endgültige und unterzeichnete Verpflichtungserklärung im Sinne von Art. 26 Abs. 2 KG eingereicht. Bei Einhaltung dieser Verpflichtungen kann - gestützt auf den soweit bekannten Sachverhalt - auf die Eröffnung einer Untersuchung im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission verzichtet werden. Im Folgenden wird die Verpflichtungserklärung der GVB vom 29. November 2011 im Wortlaut wiedergegeben:

"Verpflichtungserklärung der Gebäudeversicherung Bern (GVB), GVB Privatversicherungen AG, GVB Services AG gegenüber dem Sekretariat der Wettbewerbskommission im Sinne von Art. 26 Abs. 2 KG

Die Gesellschaften Gebäudeversicherung Bern (GVB), GVB Privatversicherungen AG und GVB Services AG (die Gesellschaften) erklären sich bereit, im Rahmen des Vorabklärungsverfahrens 32-0233 die folgenden Verpflichtungen gegenüber dem Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) einzugehen:

1. Besetzung der Leitungsorgane

Die Verwaltungsräte der beiden Tochtergesellschaften GVB Privatversicherungen AG und GVB Services AG dürfen in der Zusammensetzung nicht identisch sein mit dem Verwaltungsrat der Gebäudeversicherung Bern (GVB). Bei der personellen Besetzung der Verwaltungsräte der Tochtergesellschaften GVB Privatversicherungen AG und GVB Services AG ist darauf zu achten, dass die Zusammensetzung der beiden Verwaltungsräte nicht identisch ist.

Die Geschäftsleitungen der beiden Tochtergesellschaften GVB Privatversicherungen AG und GVB Services AG dürfen nicht identisch sein mit der Geschäftsleitung der Gebäudeversicherung Bern (GVB).

2. Datenschutz

Die Gesellschaften verpflichten sich das Datenschutzkonzept (regelt das Bearbeiten von Informationen, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbare Person beziehen - worunter auch personenrelevante Gebäudedaten zu verstehen sind - durch die Gesellschaften), welches bei der FINMA eingereicht worden ist, einzuhalten.

¹¹⁹ Es ist an dieser Stelle anzumerken, dass die "Marketingaktion" vom November 2010 zu einem Zeitpunkt erfolgt ist, in welchem die GVB PVAG weder errichtet war, noch überhaupt den Geschäftsbetrieb aufgenommen hatte. Ziel dieser "Marketingaktion" war es laut GVB, die Kunden auf das Inkrafttreten des neuen kantonalen Gebäudeversicherungsgesetzes aufmerksam zu machen. Allfällige Auswirkungen auf den Wettbewerb, sofern denn solche überhaupt vorliegen, können als äusserst gering bezeichnet werden, zumal die GVB PVAG nach wie vor nicht über eine Betriebslizenz verfügt und somit am Markt auftreten kann und seither auch keine weiteren Aktionen der GVB erfolgt sind.

3. Zurverfügungstellung von Datensätzen

Stellt die Gebäudeversicherung Bern (GVB) ihren Tochtergesellschaften Gebäudedatensätze oder Adressdatensätze (Anrede / Name / Vorname / Strasse / Nr. / Postleitzahl / Ort) zur Verfügung, wird sie diese auf Anfrage hin auch Dritten (insbesondere privaten Versicherungsgesellschaften) zeitgleich und zu den gleichen Konditionen zur Verfügung stellen, so dass diese nicht diskriminiert werden.

Die Gebäudedatensätze und/oder die Adressdatensätze werden integral (ohne Auswahloption wie z.B. Region, Haustyp, Bauart, etc.) zur Verfügung gestellt.

Der Betrag für die Zurverfügungstellung der Gebäudedatensätze beträgt CHF [...] derjenige für die Adressdatensätze CHF [...].

Die Aufwände für eine allfällige jährliche Aktualisierung der Gebäudedatensätze und/oder der Adressdatensätze (Update) werden den Tochtergesellschaften der Gebäudeversicherung Bern (GVB) bzw. Dritten zusätzlich in Rechnung gestellt.

4. Koppelungsverbot

Die Gesellschaften verpflichten sich, keine Koppelungsgeschäfte zu offerieren oder abzuschliessen.

5. Werbeaktionen

Die Gesellschaften verzichten auf gemeinsame Werbeaktionen und verpflichten sich, das Reglement Transparenzpolitik, welches bei der FINMA eingereicht worden ist, einzuhalten. Zulässig sollen jedoch der Auftritt auf einer gemeinsamen Homepage und die für die Kunden notwendigen Informationen zu den Versicherungsprodukten zwecks Schaffung von Transparenz sein.

Der von der Rechtsabteilung der Gebäudeversicherung Bern (GVB) jährlich zu erstellende Prüfbericht gemäss Reglement Transparenzpolitik wird dem Sekretariat jeweils zur Kenntnis zugestellt.

Bei der Publikation "GVB Info" handelt es sich um ein Informationsmedium der GVB-Gruppe, welches nicht nur Informationen der Gebäudeversicherung Bern (GVB), sondern auch solche der GVB Privatversicherungen AG und der GVB Services AG enthalten wird. Bei den jeweiligen Informationen wird klar darauf hingewiesen, welche Gesellschaft der Gruppe sie betreffen.

6. Darlehen

ie Gebäudeversicherung Bern (GVB) wird Darlehen und andere Formen von finanziellen Unterstützungen zugunsten ihrer Tochtergesellschaften ausschliesslich zu Bedingungen abwickeln, die marktgerecht sind und auch zwischen unabhängigen Dritten zur Anwendung gelangen würden.

Als Maximalzinssatz dient der von der ESTV im Rundschreiben "Zinssätze für die Berechnung der geldwerten Leistungen" vorgegebene Zinssatz. Als Zinsuntergrenze dient der LIBOR 6 Monatszinssatz.

7. Versicherungen für gebäudeähnliche Objekte (Art. 16 GVV)

Im Rahmen des alten Gebäudeversicherungsgesetzes wurden gebäudeähnliche Objekte (Schwimmbad, Zister-

nen, Silos, etc.) auf Wunsch der Eigentümerin oder des Eigentümers exklusiv in der obligatorischen Feuer- und Elementarversicherung eingeschlossen. Entsprechend sind aktuell bei rund [...] Versicherungsnehmern gebäudeähnliche Objekte in der obligatorischen Feuer- und Elementarversicherung enthalten.

Mit Inkrafttreten des neuen Gebäudeversicherungsgesetzes vom 9. Juni 2010 per 1. Januar 2011 müssen gebäudeähnliche Objekte nicht mehr exklusiv bei der Gebäudeversicherung Bern (GVB) versichert werden. Die Eigentümerin oder der Eigentümer eines gebäudeähnlichen Objektes kann demzufolge eine Versicherungsdeckung für ihre/seine gebäudeähnlichen Objekte auch frei bei dritten Privatversicherungen abschliessen.

In diesem Zusammenhang verpflichtet sich die Gebäudeversicherung Bern (GVB):

1. die Daten betreffend die Versicherungsdeckung für gebäudeähnliche Objekte, welche in den Gebäudedatensätzen enthalten sind, unter Einhaltung der Bedingungen gemäss vorstehender Ziffer 3, auf Anfrage hin auch Dritten (insbesondere privaten Versicherungsgesellschaften) zeitgleich wie ihren Tochtergesellschaften und zu den gleichen Konditionen zur Verfügung stellen;
2. zeitgleich mit der Bestandesübertragung von GVB Plus und GVB Top auf die GVB Privatversicherungen AG alle Kunden, welche eine Versicherungsdeckung für gebäudeähnliche Objekte abgeschlossen haben zu informieren, dass gebäudeähnliche Objekte keiner Versicherungspflicht unterliegen und der Kunde mittels schriftlicher Mitteilung erklären kann, die Versicherungsdeckung für gebäudeähnliche Objekte nicht mehr bei der Gebäudeversicherung Bern (GVB) zu versichern;
3. künftig keine gebäudeähnlichen Objekte in die obligatorische Feuer- und Elementarversicherung einzuschliessen und auch keine freiwilligen Versicherungen für gebäudeähnliche Objekte anzubieten;
4. spätestens nach Ablauf von 5 Jahren nach Erteilung der Betriebs- und Übertragungsbewilligung der FINMA, sämtliche bestehenden Versicherungsdeckungen für gebäudeähnliche Objekte aus der obligatorischen Feuer- und Elementarversicherung ausgeschlossen und eliminiert zu haben.

Schlussbemerkung:

Sämtliche aus dieser Verpflichtung resultierenden Anpassungen des Geschäftsplanes gemäss Art. 4 VAG werden nach Erteilung der Betriebs- und Übertragungsbewilligung der FINMA innerhalb einer Frist von 6 Monaten vorgenommen."

168. Das Datenschutzkonzept (siehe Ziff. 2 der Verpflichtungserklärung) sowie das Reglement Transparenzpolitik (Ziff. 5) sind diesem Schlussbericht als Anhänge 2 und 3 beigefügt.

169. Das Sekretariat erachtet mit dieser Verpflichtungserklärung der Gebäudeversicherung Bern (GVB), der GVB Privatversicherungen AG und der GVB Services AG seine Anregungen als erfüllt.

C Schlussfolgerungen

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

1. verzichtet darauf, im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums eine Untersuchung zu eröffnen, solange die in der Verpflichtungserklärung der Gebäudeversicherung Bern (GVB), GVB Privatversicherungen AG und GVB Services AG eingegangenen Verpflichtungen erfüllt werden,
2. nimmt zur Kenntnis, dass sämtliche aus dieser Verpflichtung resultierenden Anpassungen des Geschäftsplanes gemäss Art. 4 VAG nach Erteilung der Betriebs- und Übertragungsbewilligung der FINMA innerhalb einer Frist von 6 Monaten vorgenommen werden.
3. beschliesst, diesen Schlussbericht zu publizieren.

B 1.1

2. Grafische Papiere

Schlussbericht vom 21. Dezember 2011 in Sache Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend grafische Papiere wegen allenfalls unzulässiger Verhaltensweise gemäss Art. 5 KG

A Sachverhalt

1. Die VISCOM, der Schweizerische Verband für Visuelle Kommunikation, schilderte in einem Schreiben vom 28. März 2011 an das Sekretariat, dass die Preise der grafischen Papiere auf dem Schweizer Markt gemäss Informationen ihrer Verbandsmitglieder bis zu 30 % über den Durchschnittspreisen in den angrenzenden Nachbarstaaten liegen würden. Dabei würden die vom Grosshandel erzielten Währungsgewinne – die Mehrheit der in der Schweiz verkauften grafischen Papiere wird im EU-Raum beschafft – nur bedingt an die grafische Industrie weitergeben. Zudem sei ein direkter Import von grafischen Papieren aus dem EU-Raum durch grafische Unternehmen in der Schweiz nicht möglich. Deshalb forderte die VISCOM in ihrem Schreiben die Eröffnung einer Marktuntersuchung in dieser Sache. Weitere Informationen erhielt das Sekretariat 14. April 2011 telefonisch von der VISCOM.

2. In der Schweiz sind vier Papiergrosshändler tätig: die Antalis AG (nachfolgend: Antalis), die Inapa Schweiz AG (nachfolgend: Inapa), die Papyrus Schweiz AG (nachfolgend: Papyrus), vormals die Sihl + Eika Papier AG,¹ und die Fischer Papier AG (nachfolgend: Fischer), an welcher die Igepa group GmbH & Co. KG (nachfolgend: Igepa group) eine Minderheitsbeteiligung hat.² Während die ersten drei zu internationalen Konzernen mit Hauptsitzen in Frankreich (Antalis), Portugal (Inapa) und Schweden (Papyrus) gehören, hat die Igepa group mit Sitz in Deutschland eine Minderheitsbeteiligung an Fischer, so dass auch dieser schweizerische Papiergrosshändler international vernetzt ist.

3. Am 19. Mai 2011 eröffnete das Sekretariat eine Vorabklärung mit dem Ziel zu überprüfen, ob Hinweise auf unzulässige Wettbewerbsabreden bezüglich grafischer Papiere vorliegen. So soll der Frage nachgegangen werden, ob Parallelimporte von grafischen Papieren insbesondere durch die in Rz 2 genannten Papiergrosshändler behindert werden, was gemäss Art. 5 Abs. 4 Kartellgesetz (KG; SR 251) unzulässig sein könnte. Dies könnte dann der Fall sein, wenn Papiergrosshändler ihren Kunden im Ausland verbieten, in die Schweiz weiter zu verkaufen. Des Weiteren soll untersucht werden, ob Indizien auf allfällige Absprachen der Papiergrosshändler untereinander bestehen, insbesondere bezüglich Preise (Art. 5 Abs. 1 und 3 KG).

4. Deshalb versandte das Sekretariat am 19. Mai 2011 Fragebögen an vier in der Schweiz tätige Papiergrosshändler, wovon alle antworteten, sowie am 19. und 20. Mai 2011 an 43 Unternehmen der grafischen Industrie, und zwar an die gemäss Einschätzung der VISCOM 20 grössten Deutschschweizer Unternehmen der grafischen Industrie (wovon 19 antworteten) sowie an 23 zufällig

ausgewählte Mitglieder der VISCOM aus der Deutschschweiz, wovon 20, teilweise nach Mahnungen, antworteten.³

B Erwägungen**B.1 Geltungsbereich**

5. 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).

6. 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 nachfolgend aufgeführten Papiergrosshändler, Papierhersteller und Unternehmen der grafischen Industrie sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

7. Auf die Frage, ob die betroffenen Unternehmen Wettbewerbsabreden treffen, wird nachstehend unter Art. 5 KG (Rz 8 ff.) eingegangen.

B.2 Wettbewerbsabreden

8. Laut Art. 5 Abs. 1 KG sind 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, unzulässig.

9. 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).

10. 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.

¹ 2008 kaufte die Investmentgesellschaft Altor Limited die Papyrus AB, Schweden, sowie weitere mit ihr verbundene Gesellschaften von der Stora Enso Oyi, Finnland (vgl. RPW 2008/2, S. 278). Mit dem Verkauf ging eine langfristige Liefervereinbarung einher (vgl. Pressemitteilung der Stora Enso vom 30. April 2008, www.storaenso.com, Link: Media, Link: Press Releases, Stand: 20. Okt. 11).

² Gemäss Homepage von Fischer Papier ist die Igepa group "eine überregionale Kooperation von familiengeführten, selbstständigen Grosshändlern, die unter einem gemeinsamen Dach Sortimentsentscheide fällen, gemeinsam einkaufen und Marketingmassnahmen durchführen." <http://www.fischerpapier.ch/index.php?id=45>, besucht am 19. Oktober 2011.

³ Einer der Antwortenden vermerkte, dass er als reine Werbeagentur die Fragen nicht beantworten könne, womit zur Auswertung 38 Antworten von Unternehmen der grafischen Industrie verbleiben.

11. Die Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs ergibt sich u.a. bei "Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden" (Art. 5 Abs. 4 KG) sowie bei Abreden zwischen Unternehmen, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen (Art. 5 Abs. 3 KG), so u.a. bei "Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen" (Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG). Diese Vermutung kann umgestossen werden, wenn ein Restwettbewerb auf dem Markt nachgewiesen werden kann. Ist dies der Fall, muss im Weiteren geprüft werden, ob die getroffene Abrede den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt und ob allenfalls Gründe der wirtschaftlichen Effizienz die Abrede zu rechtfertigen vermögen (Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 KG).

12. Vorliegend wird überprüft, ob Indizien bezüglich zweier Arten von Wettbewerbsabreden vorliegen. Erstens wird analysiert, ob eine Behinderung von Parallelimporten von grafischen Papieren vorliegt und somit eine gemäss Art. 5 Abs. 4 KG möglicherweise unzulässige Wettbewerbsabrede. Zweitens wird überprüft, ob Hinweise auf Preisabreden zwischen Papiergrosshänd-

lern in der Schweiz vorliegen, also eine gemäss Art. 5 Abs. 3 KG möglicherweise unzulässige Wettbewerbsabrede.

B.2.1 Behinderung von Parallelimporten

13. Von den 38 Unternehmen der grafischen Industrie, deren Antworten auswertbar waren, haben, wie aus nachfolgender Tabelle ersichtlich, zehn schon einmal versucht, direkt aus dem Ausland zu beziehen, zwei davon bei Schwester- oder Muttergesellschaften eines in der Schweiz tätigen Papiergrosshändlers, vier bei nicht in der Schweiz tätigen Papiergrosshändlern, fünf direkt beim Papierhersteller und drei bei anderen Unternehmen der grafischen Industrie. Erfolgreich waren dabei zwei Unternehmen bei nicht in der Schweiz tätigen Papiergrosshändlern, zwei bezüglich eines Direktbezugs bei ausländischen Papierherstellern und drei bei einem Bezug über im Ausland ansässige Unternehmen der grafischen Industrie. Dabei zählen sämtliche zehn Firmen, die bereits versucht haben, aus dem Ausland zu beziehen, zu den grösseren in dieser Branche, da sie entweder zu den gemäss VISCOM zwanzig grössten Deutschschweizer Firmen gehören und/oder mindestens 50 Angestellte haben.

Tabelle 1: Direktbezug aus dem Ausland durch Unternehmen der grafischen Industrie, Auswertung von 38 Antworten

Bezug aus dem Ausland ...	Versuchter Bezug	Davon erfolgreich	Bemerkungen
bei Schwester- oder Muttergesellschaften eines in der Schweiz tätigen Papiergrosshändlers	2	0	
bei nicht in der Schweiz tätigen Papiergrosshändlern	4	2	einer davon einmalig
direkt beim Papierhersteller	5	2	einer einmalig, ein anderer (nur) bezüglich Rollen
bei anderen Unternehmen der grafischen Industrie	3	3	
Anzahl Unternehmen insgesamt, die versucht haben, aus dem Ausland zu beziehen	10	7 ⁴	

Quelle: Berechnungen des Sekretariats basierend auf Antworten von Unternehmen der grafischen Industrie

14. In welchem Ausmass diese versuchten resp. erfolgreichen Bezüge Bogenpapier betreffen und in welchem Ausmass Rollenpapier, ist dem Sekretariat nicht bekannt. Es ist aber anzunehmen, dass sich ein direkter Bezug aus dem Ausland v.a. bei grösseren Bestellmengen lohnt und überdurchschnittlich oft Rollenpapiere betreffen (verglichen mit Bestellungen im Inland). So weist ein Unternehmer der grafischen Industrie, welcher erfolgreich Rollen direkt beim Papierhersteller im Ausland bezogen hat, darauf hin, dass für Bogen ein solcher Direktbezug beim Produzenten nicht möglich ist. Damit könnte Rollenpapier auch einem grösseren Wettbewerbsdruck aus dem Ausland ausgesetzt sein als Bogenpapier.

15. Die Gründe, weshalb viele der antwortenden Unternehmen, nämlich 28 von 38, bisher nicht versucht haben, grafische Papiere aus dem Ausland zu beziehen, sind vielfältig, und oft wurden mehrere Gründe angegeben. Rund die Hälfte dieser Firmen begründen ihr Verhalten damit, dass es einfacher ist, in der Schweiz zu

⁴ Zudem einer ohne Angabe ob erfolgreich oder nicht.

beziehen, z.B. aufgrund terminlicher Aspekte, Zollformalitäten oder des Kundendienstes. Sieben Firmen geben an, zu kleine Mengen zu bestellen, ein weiterer weist auf die geringe Grösse seiner Firma hin. Fünf Firmen geben an, dass es nicht möglich ist, im Ausland zu beziehen, während drei Firmen angeben, keine Kontaktperson im Ausland zu haben resp. nicht zu wissen, ob ein solcher Bezug aus dem Ausland möglich ist. Weiter geben einige wenige an, bewusst in der Schweiz einzukaufen, z.B. aufgrund konstanter Qualität.

16. Als Fazit aus den Antworten der Druckereien zeigt sich also, dass nur relativ wenige der befragten Firmen versucht haben, grafische Papiere aus dem Ausland zu beziehen und dass es sich bei diesen durchwegs um grössere Firmen handelte, von welchen wiederum nur ein Teil und teilweise nur im beschränkten Ausmass erfolgreich waren. Inwieweit diese Bestellungen Bogen- und inwieweit Rollenpapiere betreffen, ist dem Sekretariat nicht bekannt. Da eine einzelne Bestellung von Rollenpapier durchschnittlich grösser sein dürfte als eine solche von Bogenpapier, könnte es sein, dass sich insbesondere die Bestellung von Rollenpapier aus dem Ausland anbietet. Zudem ist davon auszugehen, dass Rollenpapiere v.a. von grösseren Druckereien nachgefragt wird, also von solchen Druckereien, die auch angegeben haben, schon versucht zu haben, grafisches Papier aus dem Ausland zu beziehen.

17. Das Sekretariat befragte die vier Papiergrosshändler in der Schweiz, ob Unternehmen in der Schweiz auch bei ihren Schwestergesellschaften resp. ihrer Muttergesellschaft im benachbarten Ausland beziehen können. Die drei Papiergrosshändler mit solchen Gesellschaften (Fischer ist unabhängig) bejahten diese Frage, einer gab jedoch an, dass diese Möglichkeit eher theoretischer Natur sei. Als zusätzliche Kosten eines solchen Bezugs verglichen mit einem Bezug aus der Schweiz wurden Transport- und Zollkosten angegeben. Weiter wurde die Frage, ob Gebietsklauseln zwischen Unternehmen ihrer Gruppe in Europa bestehen, von allen dreien verneint. Gestützt auf die Befragung der Unternehmen der grafischen Industrie (vgl. Tabelle 1) geht das Sekretariat davon aus, dass solche Bezüge von ausländischen Konzerngesellschaften der schweizerischen Papiergrosshändler in der Praxis – trotz des gemäss der Befragung der Papiergrosshändler nicht expliziten Verbots und des Fehlens von Gebietsklauseln – äusserst selten sein dürften. So waren denn auch die dem Sekretariat berichteten Versuche zweier Druckereien in dieser Hinsicht nicht erfolgreich. Allerdings stellen solche allfälligen konzerninternen Abreden wettbewerbsrechtlich auch keinen Abredetatbestand dar.⁵

18. Sollten die Papiergrosshändler ihren konzernexternen Abnehmern allerdings den Weiterverkauf an Detailhändler in die Schweiz erschweren oder verbieten, könnte ein Verstoss gegen Art. 5 Abs. 4 KG vorliegen, welcher gemäss Art. 49a Abs. 1 KG sanktioniert werden könnte.⁶ Deshalb befragte das Sekretariat die Papiergrosshändler weiter dazu, ob die Kunden ihrer Schwestergesellschaften resp. Muttergesellschaft frei sind, die in ihnen bezogenen grafischen Papiere in die Schweiz weiterzuverkaufen. Diese Frage wurde von den drei Unternehmen mit solchen Gesellschaften bejaht. Immerhin drei der befragten Unternehmen der grafischen

Industrie berichten denn auch, dass sie bereits erfolgreich von im Ausland ansässigen Unternehmen der grafischen Industrie grafische Papiere bezogen haben (vgl. Tabelle 1).

19. Ebenso könnte ein Verstoss gegen Art. 5 Abs. 4 KG vorliegen, wenn Papierhersteller den von ihnen belieferten Kunden – und somit insbesondere den Papiergrosshändlern – den Weiterverkauf in die Schweiz erschweren oder verbieten. Deshalb befragte das Sekretariat die Papiergrosshändler schliesslich auch dazu, ob Unternehmen ihrer Gruppe von den Papierherstellern Vorschriften erhalten, in welche Gebiete resp. Länder ein einzelnes Unternehmen der Gruppe liefern darf oder ob vom Hersteller zusätzliche Kosten berechnet werden, wenn ein Unternehmen der Gruppe eine Bestellung für einen Kunden ausserhalb seines Landes aufnimmt. Während ein Papiergrosshändler diese Frage verneinte und ein zweiter angab, hierzu nichts Konkretes zu wissen, gab ein dritter Grosshändler an, dass solche Anfragen in der Regel vom Papiergrosshändler nicht ausgeführt würden, wenn er bereits über den Handel vertreten sei und wenn doch, dann würde ein solches Angebot nur bis frei Grenze formuliert. Somit ergaben die Antworten der Papiergrosshändler auch hierzu keine konkreten Anhaltspunkte auf einen Kartellrechtsverstoss. Anzumerken ist, dass die Papierhersteller selbst vom Sekretariat im Rahmen der vorliegenden Vorabklärung nicht befragt wurden.

20. Somit liegen dem Sekretariat keine konkreten Anhaltspunkte dafür vor, dass die Papiergrosshändler oder die Papierhersteller ihren Abnehmern im Ausland verbieten, grafische Papiere an in der Schweiz ansässige Unternehmen der grafischen Industrie weiter zu verkaufen. Es liegen dem Sekretariat in dieser Sache also keine konkreten Anhaltspunkte für eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vor.

B.2.2 Preisabrede zwischen den Papiergrosshändlern in der Schweiz

21. Nachfolgend soll untersucht werden, ob konkrete Anhaltspunkte für ein abgestimmtes Verhalten zwischen den Papierherstellern – insbesondere bezüglich den verlangten Preisen gleicher oder gleichwertiger Produkte – vorliegen. Hierzu können u.a. Preislisten der Grosshändler herangezogen werden sowie von den Grosshändlern kommunizierte Preiserhöhungen oder Preisenkungen auf ihre gesamte Preisliste oder Teile dieser.

22. Preislisten werden v.a. bei Lagerverkäufen als Basis für die effektiv verlangten Preise genommen.⁷ Je nach Volumen der einzelnen Bestellung und nach Grösse des Kunden (v.a. hinsichtlich dessen Jahresgesamtbestellmenge) werden auf diesen Preisen kleinere, aber auch grössere Rabatte gewährt, teilweise gemäss eines festgelegten Rabattsystems, teilweise als Resultat individueller Verhandlungen mit dem Kunden, so dass in der Regel kein einheitlicher Preis für ein Produkt bei einem

⁵ Vgl. ZURKINDEN, PHILIPP, "Auswirkungen der KG-Revision auf Vertriebssysteme", SZW/RSDA 2/2004, S. 106–107.

⁶ Vgl. Verfügung Gaba, RPW 2010/1, S. 65 ff.

⁷ Grossaufträge, deren Lieferung direkt ab Fabrik erfolgt, sog. Streckengeschäfte, werden dagegen in aller Regel individuell ausgehandelt.

Grosshändler existiert. In einem ersten Schritt wird nachfolgend ein Vergleich der Listenpreise eines spezifischen grafischen Papiers bei den vier Papiergrosshändlern vorgenommen. In einem zweiten Schritt werden anschliessend die Rabattsysteme der einzelnen Grosshändler dargestellt und erörtert, inwieweit diese mögliche Preisabsprachen unterstützen oder behindern können. Es zeigt sich dabei, dass sich die Rabattsysteme teilweise deutlich voneinander unterscheiden und individuelle Preisverhandlungen mit einzelnen Kunden einen relativ grossen Stellenwert haben. Dies erschwert einen Vergleich der Preise verschiedener Grosshändler. Daran anschliessend wird in einem dritten Schritt auf von Grosshändlern kommunizierte Preiserhöhungen und Preissenkungen eingegangen, welche für die gesamte Preisliste des Händlers oder für Teile davon gelten und eruiert, ob diesbezüglich Indizien für ein abgestimmtes Verhalten seitens der vier Papiergrosshändler vorliegen könnten. Sollten dabei Preisänderungen bei verschiedenen Grosshändlern festgestellt werden, die sich in Höhe und Zeitpunkt stark ähneln, so ist dies für sich alleine allerdings noch kein Beweis für ein aktiv abgestimmtes Verhalten der Papiergrosshändler, da diese gleichen exogenen Faktoren unterliegen können, beispielsweise einem Preisaufschlag durch ein und denselben Papierhersteller, der mehrere Grosshändler beliefert. Auch die Papierhersteller selbst können ähnlichen oder gleichen exogenen Faktoren unterliegen, insbesondere bezüglich Änderungen von Rohstoffpreisen. Solche exogene Einflüsse sollen deshalb in einem vierten Schritt kurz dargestellt werden. Abschliessend wird in einem fünften Schritt ein Fazit zu den möglichen Preisabreden zwischen den Papiergrosshändlern in der Schweiz gezogen.

23. Bevor auf diese einzelnen vorhergehend erwähnten Punkte eingegangen wird, ist vorab anzumerken, dass dem Sekretariat keine konkreten Hinweise bezüglich Preisabsprachen zwischen den Grosshändlern vorliegen. In seinen mit seinen Antworten eingereichten Unterlagen weist Fischer darauf hin, dass bei Treffen des Verbandes des schweizerischen Papier- und Packmaterial-Grosshandels VSPG sowie seiner Mitglieder jeweils ein beratender Kartellrechtsspezialist beigezogen wird. Gemäss Auskunft von Fischer beschäftigen sie sich dabei mit verschiedenen Themen, "die vornehmlich auf die Unterstützung und Förderung der Druckindustrie fokussiert sind".⁸ Zudem gibt er an, dass eine Kalkulationshilfe durch den Verband VSPG seit mehr als 15 Jahren nicht mehr existiere.⁹

B.2.2.1 Listenpreise

24. Die Papiergrosshändler bieten ein breites Sortiment an grafischen und weiteren Papieren an. Dabei haben sie für einen ganz bestimmten Papiertyp teilweise Papier der gleichen Marke im Angebot, teilweise aber auch unterschiedliche Marken. In Tabelle 2 werden die Listenpreise der vier Grosshändler für jeweils ein halbmattes, gestrichenes und holzfreies Papier mit Format 70x100 und einem Papiergewicht von 135g/m², ungeriest, aufgeführt. Dabei stützt sich das Sekretariat auf einen Preisvergleich zwischen den Angeboten dreier Grosshändler (Antalis, Fischer und Papyrus) für diesen Papiertyp, den Fischer dem Sekretariat eingereicht hat, und welcher das Sekretariat ergänzt hat um Preise eines

solchen Papiertyps des Grosshändlers Inapa. Verglichen werden dabei die Preise von Papieren der Marke Magno Satin, welche von Antalis und Fischer angeboten werden und welche die anderen beiden Grosshändler nicht führen, sowie von Luxo Art Silk, angeboten von Papyrus, und von Galaxi Satin, angeboten von Inapa. Gemäss Informationen verschiedener befragter Unternehmer der grafischen Industrie stammen dabei alle drei Papiermarken von Fabriken des Sappi-Konzerns.

25. Da die Grosshändler in der Regel Rabatte auf die Listenpreise gewähren, dient ein Vergleich der Listenpreise lediglich als Ausgangspunkt für die Analyse möglicher Preisabsprachen, da für eine solche Analyse jeweils die konkret gewährten Rabatte berücksichtigt werden müssen. Wie aus Tabelle 2 ersichtlich, bewegen sich die Preise dieser drei Papiere beim Bezug einer Viertelpalette von CHF 295.24 bis CHF 470.90 pro 100 kg. Der Listenpreis für dieses Produkt nimmt dabei bei allen vier Grosshändlern mit grösserer Bestellmenge deutlich ab. So ist beispielsweise der Listenpreis von Fischer für dieses Papier pro 100 kg beim Bezug einer Palette verglichen mit dem Bezug einer ¼-Palette rund 20 % tiefer, nämlich noch CHF 234.92 verglichen mit CHF 295.24. Papyrus bemerkt, dass Abweichungen dieser mengenbezogenen Rabattstufen ab ¼, ½ und 1 Palette bei ihr vornehmlich für Randsorten, grafische Spezialpapiere und Papiere mit geringer Nachfrage (sog. Slow Movers) bestehen, wobei für diese weniger Preisstufen oder andere Mengendefinitionen pro Preisstufe bestehen können.

⁸ Vgl. [...]

⁹ Vgl. [...]

Tabelle 2: Vergleich von Listenpreisen der schweizerischen Grosshändler

Bezugsmenge	Listenpreis für halbmattes, ungeriestes Papier, holzfrei, gestrichen, hochweiss, 70x100, 135g/m ² , pro angegebene Menge [CHF] bei								
	Fischer		Papyrus		Antalis		Inapa		
	1000 Blatt	100 kg	1000 Blatt	100 kg	1000 Blatt	100 kg	1000 Blatt	100 kg	
1/4 Palette mit 1750 Blatt mit 2000 Blatt	279	295.24	432	457.14	445	470.90	398	421.16	
1/2 Palette mit 3750 Blatt mit 4000 Blatt	247	261.38	362	383.07	381	403.17	375	396.83	
1 Palette mit 7500 Blatt mit 8000 Blatt	222	234.92	261	276.19	278	294.18	267	282.54	
Papiername	Magno Satin		Luxo Art Silk		Magno Satin		Galaxi Silk		
Datum Preisliste	Feb. 11		Aug. 10		Mai 11		Mai 10		

Quelle: Preislisten der einzelnen Unternehmen, eingereicht durch Fischer; für Inapa Preisliste gemäss www.inapa.ch, Stand: 20. Oktober 2011.¹⁰

Bemerkung: Papiergewicht: 94,5 kg pro 1000 Bogen.

B.2.2.2 Rabatte auf Listenpreise

26. Sämtliche schweizerischen Grosshändler gewähren – zumindest für einen bedeutenden Teil ihrer Kunden – Rabatte auf die von ihnen herausgegebenen Listenpreise. Unter welchen Bedingungen für welche Kundengruppen Rabatte in welcher Höhe gewährt werden, ist dabei von Grosshändler zu Grosshändler unterschiedlich. Antalis gibt an, üblicherweise bis ca. [...] % Rabatt zu gewähren, manchmal auch darüber, wobei diese Rabatte von der bestellten Menge und der Verhandlungsmacht der Kunden abhängt. Inapa schildert, insgesamt Rabatte (Rabatte pro Bezug und Jahresendrabatte kumuliert) von bis zu [...] % zu gewähren, wobei für Grosskunden darüber hinaus zusätzliche Rabatte gewährt werden (Endjahresrückvergütungen bis zu [...] %, Skonti von bis zu [...] % sowie [...]).

27. Papyrus weist darauf hin, dass der von ihr letztlich fakturierte Preis nebst den Rabatten pro ¼, ½ und ganzer Palette weiter vor allem von der Gesamtjahresmenge sowie der Bezugsstruktur des jeweiligen Kunden (Häufigkeit gewünschter Lieferungen, Anzahl von Artikeln und deren Wert resp. Menge pro Lieferung) abhängt, und dass diese Aspekte in die individuellen Verhandlungen einfließen. So erhalten bei Papyrus die regelmässigen Kunden – rund [...] an der Zahl (bei einem Gesamtkundenstamm von rund [...] Kunden) – kundenindividuelle Preislisten. Weiter wird bei Erreichung der vorgängig individuell ausgehandelten Gesamtjahresmenge eine Rückvergütung in Höhe von bis zu [...] % des erzielten Umsatzes im Lagergeschäft ge-

währt. Papyrus-Kunden ohne individuelle Preislisten verhandeln Preise dagegen in der Regel kurzfristig.

28. Fischer schliesslich verdeutlicht seine auf die Listenpreise gewährten Rabatte mit den konkret gewährten Rabatten auf den Listenpreis des Papiers Magno Satin in oben erwähnter Spezifikation. Die Endpreise fallen dabei, wie nachfolgende Tabelle 3 aufzeigt, deutlich tiefer aus als die Listenpreise. So beträgt der Preis nach Rabatt für dieses Produkt bei Fischer für Kleinbezüger beim Bezug einer Palette CHF [...] pro 100 kg und liegt damit rund [...] % unter dem offiziellen Listenpreis. Für Grosskunden liegt der Preis für eine Palette nochmals rund [...] % darunter, für drei Paletten im Vergleich zu einer wird nochmals ein Rabatt von ca. [...] % gewährt. Fischer gibt an, dass bei Konsumsorten ca. [...] % der Menge über individuelle Abschlüsse geregelt werden.

¹⁰ http://www.inapa.ch/de-ch/site/732/page/produkte/pl_details.xml, danach entsprechende Preisliste auswählen.

Tabelle 3: Listenpreis und Preise nach Rabatt von Fischer für unterschiedliche Kundengruppen und Bestellmengen für Magno Satin ungeriest, 70x100, 135 g/m², 2011

Anzahl Paletten	Listenpreis pro 100 kg [CHF]	Preis nach Rabatt pro 100 kg [CHF]		
		Kleinbezüger	Mittlerer Bezüger	Grosskunde
1	234.92	[...]	[...]	[...]
2		[...]	[...]	[...]
3		[...]	[...]	[...]
Datum	Feb. 11	1. Mai 11	1. Mai 11	1. Mai 11

Quelle: Preislisten von Fischer (offizielle und interne)

29. Es zeigt sich also, dass bei sämtlichen vier Papiergrosshändlern individuelle Rabatte und somit auch die Verhandlungsmacht des einzelnen Kunden eine grosse Rolle spielen, so dass ein konkreter Preisvergleich anhand eines bestimmten Papiers, eines Kunden mit einer bestimmten Abnahmemenge oder ein anderweitiger Preisvergleich zwischen den Angeboten der vier Grosshändler kaum durchzuführen ist.

B.2.2.3 Preisauflschläge und –abschläge auf Teil- oder Gesamtsortiment

30. Wenn Papiergrosshändler die Preise ihres gesamten Papiersortiments oder eines Teils davon um einen gewissen Prozentsatz anpassen, verzichten sie oft auf eine Auswechslung der gesamten resp. der entsprechenden Teile der Preisliste und kommunizieren stattdessen einen generellen Rabatt oder Aufschlag auf das entspre-

chende Sortiment. So gab es bei Papyrus in den Jahren 2007–2010 bei den grafischen Papieren, wie in nachfolgender Tabelle ersichtlich, vier Preisauflschläge und einen Preisabschlag, wobei erst mit der letzten Preisänderung im August 2010 eine neue Preisliste herausgegeben wurde (gleichzeitig mit der Änderung des Namens Sihl+Eika zu Papyrus). Ausführlichere Informationen zu Preisauflschlägen und –abschlügen bei grafischen Papieren in den Jahren 2009–2011 liegen dem Sekretariat auch für Fischer vor, wohingegen es jeweils nur von einem Preissenkungsschreiben seitens Antalis und Inapa, vom August resp. September 2011, Kenntnis hat. Sämtliche dieser erwähnten Preisänderungsschreiben sind in nachfolgender Tabelle 4 aufgeführt. Leider hat das Sekretariat keine vollständigen Preisänderungsangaben bezüglich die jeweils aktuellen Preislisten aller vier Grosshändler der vergangenen Jahre.

Tabelle 4: Preisauflschläge und -abschlüge auf die Listenpreise der Grosshändler

Datum	Händler	Aufschlag/ Abschlag [%]	Bemerkungen
06.08.07	Papyrus	+ 4	gesamtes Papier- und Kartonsortiment für die grafische Industrie
03.03.08	Papyrus	+ 4	gesamtes Papier- und Kartonsortiment für die grafische Industrie
01.10.08	Papyrus	+ 6	gesamtes Lagersortiment
01.02.09	Fischer	+ 9.5	Teuerungszuschlag
01.05.10	Fischer	+ 13	Teuerungszuschlag
03.05.10	Papyrus	+ 4	alle Papiere und Kartons für die grafische Industrie
27.05.10	Fischer	+ 10	Teuerungszuschlag
21.07.10	Fischer	+ 10	Währungsrabatt von 3 % bewirkt einen Teuerungszuschlag von 10 % statt 13 %
23.08.10	Papyrus	- 4	auf die neun wichtigsten Konsumsorten gestrichener und

Datum	Händler	Aufschlag/ Abschlag [%]	Bemerkungen
			ungestrichener Bogenpapiere (in neue Preisliste integriert)
28.06.11	Fischer	- 3	Währungsrabatt auf gestrichene Papiere und Offsetpapiere
15.08.11	Antalis	- 5	Währungsrabatt bei Bandbreite CHF/€ von 1.05–1.15 (sonst wieder Überprüfung)
15.08.11	Papyrus	- 5	Temporärer Preisnachlass bis auf Widerruf für eine Reihe von grafischen Konsumsorten wie MultiArt Silk und Luxo Art Silk
01.09.2011	Inapa	-2	Bündelrabatt für Bestellungen ab CHF 1000

Bemerkungen: nicht vollständig; Quelle: Antworten der einzelnen Grosshändler sowie Angaben eines Unternehmens der grafischen Industrie

31. Bei den aufgeführten Preisänderungen stimmen nur zwei bezüglich Zeitpunkt und Höhe überein, und zwar diejenigen von Antalis und Papyrus vom 15. August 2011 mit gewährten Preisabschlägen von jeweils 5 %. Dies für sich alleine kann kaum als Indiz für ein möglicherweise abgestimmtes Verhalten dieser Papiergrosshändler und somit einen möglichen Verstoss gegen Art. 5 Abs. 3 KG gewertet werden. Allerdings liegen dem Sekretariat, wie vorgehend erwähnt, ausführlichere Informationen zu vorgenommenen Preisänderungen auf Preislisten lediglich von Fischer und Papyrus vor. Eine ausführliche Analyse bezüglich möglicher Absprachen bei Preiserhöhungen und -abschlägen ist deshalb an dieser Stelle nicht möglich.

B.2.2.4 Exogene Kostenfaktoren

32. Verschiedene exogene Kostenfaktoren beeinflussen die Kosten der Papiergrosshändler und somit auch die Preise, welche sie für grafische Papiere und weitere Papierprodukte verlangen. Allfällige gleiche oder ähnliche Preisaufschläge oder -abschläge könnten einerseits das Resultat einer Absprache sein, andererseits aber auch auf Änderungen von Kostenfaktoren zurückzuführen sein, die die einzelnen Grosshändler in gleicher Art und Weise betreffen.

33. Zu den wichtigsten dieser exogenen Kostenfaktoren dürften Rohstoff- und Energiepreise gehören, denen sich Papierhersteller gegenübersehen und welche deren Verkaufspreise beeinflussen dürften.

34. So begründet Papyrus ihre Preiserhöhung ab dem 1. Oktober 2008 u.a. mit gestiegenen Kosten für Rohstoffe und Energie als auch für Logistikkosten, welche ihre Zulieferanten zu Preiserhöhungen veranlasst haben. Auch ihre Preiserhöhung auf den 3. Mai 2011 rechtfertigt Papyrus mit höheren von ihren Lieferanten geltend gemachten Rohstoffkosten, v.a. für Zellstoff und Chemikalien.¹¹ Fischer weist in zwei ihrer Preiserhöhungsschreiben ebenfalls auf die Bedeutung der Rohstoffpreise für die von ihr verlangten Preise hin.¹² Weiter führt auch der VSPG in einem Vortrag vom 18. März 2011 an, dass

steigende Kosten für Rohstoff und Energie die Produzenten zwingen würden, einen Preisaufschlag für die EURO-Märkte für WFC- als auch WFU-Papiere anzukündigen.¹³

35. Weiter ist zu vermuten, dass in Anbetracht dessen, dass ein bedeutender Teil des in der Schweiz erhältlichen grafischen Papiers aus dem Euroraum stammt (vgl. Rz 50), auch Änderungen im CHF/€-Wechselkurs zumindest mittel- oder längerfristig die Einkaufspreise der Schweizer Papiergrosshändler, gerechnet in Schweizer Franken, zumindest in einem gewissen Grade beeinflussen dürften, und zwar selbst dann, wenn diese in Schweizer Franken einkaufen.

36. Mehrere der schweizerischen Papiergrosshändler weisen darauf hin, dass sie einen Grossteil ihres grafischen Papiers im Lagergeschäft in Schweizer Franken einkaufen. So gibt Fischer an, dass sie [...] % ihrer Lagerware in Schweizer Franken einkaufen, während Papyrus schreibt, dass sie über [...] % aller Einkäufe in Schweizer Franken tätigt.¹⁴ Streckengeschäfte werden verglichen mit Lagergeschäften dabei deutlich häufiger in Euros abgewickelt.

¹¹ Vgl. zwei Preiserhöhungsschreiben von Sihl+Eika von Anfang September 2008 und Anfang April 2010 (eingereicht durch Papyrus mit ihrem Schreiben vom 28. Juni 2011).

¹² Vgl. z.B. das Schreiben von Fischer bezüglich "Währungsrabatt" vom 20. Juli 2010 (eingereicht von Fischer mit seinem Schreiben vom 21. Juli 2011, Anhang 3b).

¹³ VSD – VSPG – Treffen vom 18. März 2011, Foliensatz des VSPG (eingereicht von Fischer mit seinem Schreiben vom 21. Juli 2011). WFC: wood-free coated; WFU: wood-free uncoated.

¹⁴ Vgl. das Schreiben von Fischer vom 21. Juli 2011 an das Sekretariat, "Unterlagen zum Auskunftsbegehren 31-0383", sowie das E-Mail von Papyrus an seine Kunden vom 12. August 2011 betreffend "Preisnachlass für grafische Konsumpapiere".

37. Gemäss Fischer ist eine Änderung des Währungsverhältnisses CHF/€, sofern ein gewisser Trend feststellbar sei und eine gewisse Bandbreite überschritten werde, ein Grund mit den Lieferanten zu verhandeln. Dabei gibt sie an, Festpreise grundsätzlich für [...] Monate zu vereinbaren. Die Grösse ihres Warenlagers und der Umstand, dass ein sofortiger Abschlag in einer, wie Fischer schreibt, von ihren Kunden erwarteten Grössenordnung zu Verlustzahlen führen würde, bewirkt gemäss Fischer, dass evt. Preisnachlässe durch Lieferanten erst nach [vier] Monaten Wirkung zeigen würden. So gewährte Fischer, nachdem sich ein Sinken des Euros gegenüber dem Schweizer Franken abzeichnete, wie aus vorhergehender Tabelle 4 ersichtlich, schliesslich auf den 21. Juli 2010 sowie auf den 28. Juni 2011 jeweils einen Währungsrabatt von 3 %. Auch Antalis weist in ihrem Preisnachlassschreiben betreffend ihre Preisreduktion per 15. August 2011 explizit darauf hin, dass es sich dabei um einen Währungsrabatt handelt, und Papyrus schreibt bezüglich ihren auf den gleichen Zeitpunkt gewährten Rabatt, dass dieser trotz ihrer zu über 90 % in Schweizer Franken getätigter Einkäufe gewährt werden kann (vgl. Rz 36).

38. Es zeigt sich also, dass Änderungen bei den Einkaufspreisen der schweizerischen Papiergrosshändler - seien diese auf Änderungen der Rohstoff- oder Energiepreise, denen sich die Papierhersteller gegenübersehen, oder auf Änderungen des Wechselkurses, v.a. des CHF/€-Kurses, zurückzuführen - die schweizerischen Papiergrosshändler in ähnlicher Art und Weise betreffen können. Somit ist nicht auszuschliessen, dass allfällige Preiserhöhungen oder -abschläge der schweizerischen Papiergrosshändler, welche zu einem ähnlichen Zeitpunkt und in ähnlicher Höhe ausfallen, nicht das Resultat einer Absprache sind, sondern das Resultat ähnlich verlaufender Änderungen bei den Einkaufspreisen.

B.2.2.5 Fazit bezüglich Preisabreden zwischen Papiergrosshändlern

39. Das Sekretariat hat keine konkreten Anhaltspunkte für Absprachen zwischen den vier schweizerischen Papiergrosshändlern gefunden. Bezüglich Preisabreden hat ein beispielhafter Vergleich der Listenpreise eines bestimmten Papiertyps bei den vier Grosshändlern ergeben, dass sich diese Preise deutlich voneinander unterscheiden. Des weiteren hat eine Analyse der Rabattvergabe auf die Listenpreise gezeigt, dass sich auch diese bei den vier Papiergrosshändlern unterscheiden und mindestens ein Teil der Grosshändler für einen bedeutenden Teil seiner Kundschaft individuelle Rabatte aushandelt. Somit ist auch diesbezüglich keine Koordination zwischen den Grosshändlern zu erkennen. Eine Sichtung der dem Sekretariat vorliegenden Informationen bezüglich Preisaufschläge und -abschläge, welche die Grosshändler auf ihre Preisliste oder Teile davon vorgenommen hatten, hat lediglich eine Übereinstimmung bei zwei Händlern bezüglich Höhe und Zeitpunkt eines Preisabschlages gezeigt, was für sich alleine kaum als Indiz einer Preisabsprache gewertet werden kann. Schliesslich ist anzumerken, dass, selbst wenn solche Übereinstimmungen vorliegen, diese durch exogene Faktoren wie Änderungen der Kostenstrukturen bei den Herstellern oder Wechselkursänderungen hervorgerufen sein könnten.

B.2.3 Fazit zu möglichen Wettbewerbsabreden

40. Das Sekretariat hat keine konkreten Anhaltspunkte für eine Behinderung von Parallelimporten durch die vier schweizerischen Papiergrosshändler und deren Tochter- resp. Muttergesellschaften oder durch Papierhersteller gefunden und somit keine Anhaltspunkte für eine Abrede gemäss Art. 5 Abs. 4 KG in dieser Sache. Ebenso hat das Sekretariat keine konkreten Anhaltspunkte für eine Abrede zwischen den vier schweizerischen Papierherstellern ausgemacht, also für eine Abrede gemäss Art. 5 Abs. 3 KG.

B.2.4 Relevante Märkte und Wettbewerbssituation

41. Obgleich keine Anhaltspunkte für eine Abrede bezüglich grafische Papiere gefunden werden konnten, soll abschliessend dennoch ein kurzer Überblick über die Wettbewerbssituation im Bereich des Grosshandels mit grafischen Papieren in der Schweiz gegeben werden, da dies dazu beitragen kann aufzuzeigen, welchen Marktgegebenheiten sich Unternehmen der grafischen Industrie beim Kauf von grafischen Papieren gegenübersehen. Dazu werden vorab kurz die relevanten Märkte bezüglich die Beschaffung von grafischen Papieren durch Unternehmen der grafischen Industrie abgegrenzt.

B.2.4.1 Relevante Märkte

Sachlich relevante Märkte

42. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17. Juni 1996 [VKU; SR 251.4], die hier analog anzuwenden ist).

43. Der Begriff "Grafische Papiere" kennt unterschiedliche Definitionen, so dass bei der Verwendung dieses Begriffs nicht immer vom Gleichen ausgegangen wird. So gehören gemäss der Confederation of European Paper Industries CEPI zu den grafischen Papieren nicht nur ungestrichene, holzhaltige (uncoated mechanical), ungestrichene, holzfreie (uncoated woodfree) und gestrichene Papiere (coated papers), sondern auch Zeitungsdruckpapier (newsprint).¹⁵

44. Unternehmen der grafischen Industrie beziehen ihren Bedarf an Papieren bei Papiergrosshändlern und/oder direkt bei Papierherstellern.¹⁶ Papiergrosshändler bieten den Unternehmen der grafischen Industrie dabei verschiedene Vorteile gegenüber einem Direktbezug bei Papierherstellern. So verfügen die schweizerischen Papiergrosshändler über ein breites Sortiment an Papieren verschiedener Hersteller und können so ab Lager (sog. Lagergeschäft) in der Regel

¹⁵ <http://www.cepi.org>, Link: Statistics, Link: Definitions, besucht am 27. Oktober 2011.

¹⁶ Nebst Unternehmen der grafischen Industrie liefern Papierhersteller auch an weitere Endkunden wie kleinere und mittlere Unternehmen, welche Papier für ihre Büroaktivitäten benötigen sowie an Zwischenhändler wie Anbieter von Bürobedarfsartikeln und Händler (vgl. RPW 2005/3, S. 490 ff., *Stora Enso/Schneider*).

schneller, öfter (je nach Region ein bis zwei Mal täglich) und flexibler liefern als Papierhersteller. Sie sind auch bereit, kleinere Mengen zu liefern. Ein Direktbezug bei Papierherstellern (sog. Streckengeschäfte), sei es mittels einer Bestellung beim Grosshändler oder direkt beim Papierhersteller, bietet sich v.a. bei grösseren Bestellmengen und insbesondere auch im Rollenbereich an, wobei der Kunde in der Regel mit tieferen Preisen rechnen kann als beim Lagergeschäft.

45. Für viele kleinere Papierbestellungen und für Bestellungen, die schnell geliefert werden sollen, kommt de facto aber nur eine Bestellung ab Lager des Papiergrosshändlers in Frage. Deshalb ist die Beschaffung von Papieren via Grosshändler für Druckereien nur bedingt mit dem Direktbezug von Papieren beim Papierhersteller substituierbar. In Übereinstimmung mit der bisherigen Praxis der Wettbewerbskommission¹⁷ sowie mit der Praxis der Europäischen Kommission¹⁸ wird deshalb nachfolgend von separaten sachlich relevanten Märkten einerseits für die Beschaffung von Papieren bei Grosshändlern einerseits und für eine Beschaffung direkt bei Papierherstellern andererseits ausgegangen. Da das Ergebnis der vorliegenden Vorabklärung allerdings auch bei einer engeren oder weiteren sachlichen Marktabgrenzung gleich bleibt, kann die genaue sachliche Marktabgrenzung vorliegend aber offen gelassen werden.

Räumlich relevante Märkte

46. 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).

47. Gemäss Stora Enso/Schneider (RPW 2005/3, S. 492, Rz 24) beziehen die Kunden der Papiergrosshändler ihre Produkte zu einem grossen Teil in der Schweiz. Befragungen von Unternehmen der grafischen Industrie im Rahmen der vorliegenden Vorabklärung haben dieses Bild bestätigt. So haben, wie bereits in Rz 13 geschildert, von den 38 antwortenden Unternehmen der grafischen Industrie lediglich deren zehn – ausschliesslich grössere Firmen – bereits versucht, aus dem Ausland zu beziehen, sieben davon mit Erfolg. Deren Anteil wäre wohl noch deutlich geringer ausgefallen, wenn unter den Antwortenden nicht 19 der 20 grössten Deutschschweizer Unternehmen der grafischen Industrie gewesen wären (bei insgesamt rund 2600 zur grafischen Industrie zu zählenden Betrieben, vgl. Tabelle 6).

48. Die meisten Unternehmen der grafischen Industrie beziehen dabei Produkte bei mindestens einem schweizerischen Papiergrosshändler, dagegen dürfte der Anteil derjenigen Druckereien, welche (auch) bei ausländischen Papiergrosshändlern beziehen, sehr gering sein. So haben gemäss der Umfrage des Sekretariats im Rahmen der vorliegenden Vorabklärung lediglich 2 von 38 Unternehmen bereits erfolgreich bei im Ausland ansässigen Papiergrosshändlern (sei es mit oder ohne Tochtergesellschaft in der Schweiz) eingekauft (vgl. Tabelle 1). Verschiedene Gründe sprechen dabei beim Lagergeschäft für einen vorrangigen Bezug aus der Schweiz, so u.a. der Vorteil bei der Belieferung, der sich aus einer gewissen Nähe zu einem der Lager des jewei-

ligen schweizerischen Papiergrosshändlers ergibt,¹⁹ die Kosten der Abwicklung am Zoll und die Tatsache, dass die Mutter- und Tochterunternehmen der in der Schweiz ansässigen Papiergrosshändler ein Interesse daran haben dürften, dass Schweizer Kunden nicht durch sie selbst, sondern durch ihre Schweizer Töchter beliefert werden. Deshalb wird vorliegend von einem schweizweiten Markt für den Bezug von grafischem Papier bei Grosshändlern (Lagergeschäft) ausgegangen.²⁰ Schliesslich kann die genaue räumliche Marktabgrenzung aber offen gelassen werden, da auch durch eine engere oder weitere räumliche Abgrenzung das Ergebnis der vorliegenden Vorabklärung nicht verändert wird.

49. Wird dagegen direkt bei Papierherstellern gekauft oder bei Grosshändlern bestellt aber direkt von der Papierfabrik geliefert, d.h. handelt es sich um sog. Streckengeschäfte, sind Bezüge aus dem Ausland häufiger. Deshalb kann bei der Direktbelieferung durch Papierhersteller von einem Markt, der weiter als die Schweiz und allenfalls europäisch ist, ausgegangen werden. Da das Ergebnis der Analyse dieser Vorabklärung durch die genaue räumliche Festlegung dieses Marktes nicht verändert wird, kann die genaue räumliche Marktabgrenzung hierzu offen gelassen werden.

B.2.4.2 Wettbewerbssituation

50. Gemäss dem Verband der Schweizerischen Zellstoff-, Papier- und Kartonindustrie (ZPK) produzieren die Schweizerischen Papierhersteller jährlich 1,7 Mio. Tonnen Papier, was einem Umsatz von knapp CHF 2 Mia. entspricht. Während gemäss ZPK gegen 70 % davon exportiert werden, wird andererseits 2/3 des inländischen Papierbedarfs importiert.²¹ An grafischem Papier wurden in der Schweiz 2010 rund 0.748 Mio. Tonnen produziert und 0.613 Mio. Tonnen nachgefragt.²² Dabei hatten die Importe an grafischem Papier ein Volumen von 0.463 Mio. Tonnen, die Exporte ein solches von 0.598 Mio. Tonnen.

¹⁷ Vgl. RPW 2005/3, S. 490 ff., *Stora Enso/Schneider*

¹⁸ Gemäss COMP/M.2245, *Metsä-Serla/Zanders*, Rz 13, stellen der Verkauf von Feinpapier via Händler und Direktverkäufe durch Hersteller separate sachlich relevante Märkte dar. Bei COMP/M.4753, *Antalis/MAP*, Rz 13, wurde ein Markt für den Verkauf und den Vertrieb von Feinpapier durch Händler definiert, während im Entscheid COMP/M.3822 *Stora Enso/ Schneidersöhne Papier* (Rz 7–9) offen gelassen wurde, ob Verkäufe durch Papierhändler durch andere Kanäle substituierbar sind, z.B. durch Bestellungen beim Grosshändler mit Lieferung durch einen Papierhersteller (sog. indent sales).

¹⁹ So hat beispielsweise Papyrus Schweiz ein Logistikzentrum und vier Logistikplattformen, während Fischer zwei Standorte hat.

²⁰ In der EU wurde der Markt für die Verteilung von grafischem Papier resp. für die Verteilung Feinpapier üblicherweise national abgegrenzt (COMP/M.2245, *Metsä-Serla/Zanders*; COMP/M.2020, *Metsä-Serla/Modo*), aber auch darauf hingewiesen, dass der Markt für die Verteilung von Feinpapier bei kleineren Ländern möglicherweise auch weiter als national sein könnte (COMP/M.4753, *Antalis/MAP*, Rz 18). Gemäss einem weiteren Entscheid der EU entspricht der Markt für den Papierhandel räumlich einem Radius von maximal 200–250 km vom Lagerhaus (COMP/M.3822, *Stora Enso/ Schneidersöhne Papier*, Rz 11).

²¹ <http://www.zpk.ch/m>, besucht am 19. Oktober 2011.

²² Vgl. www.zpk.ch, Link: Infos zur Branche, Link: Zahlen & Fakten, Link: Tabellen JB 2010 zum Download, Stand: 20. Oktober 2011.

51. Viele schweizerische Papierfabriken mussten in den vergangenen Jahren und Jahrzehnten schliessen. So gab es gemäss der Neuen Luzerner Zeitung²³ 1990 noch 27 Papierfabriken in der Schweiz, Ende 2011 dagegen wird es nur noch deren elf geben. So wurde im Juli 2011 der definitive Schliessungsentscheid der zum südafrikanischen Sappi-Konzern gehörenden Papierfabrik Biberist bekannt gegeben. Zu den im Markt verbleibenden Papierfabriken gehören u.a. die Ziegler Papier AG in Grellingen (unabhängig) und die zur CPH Chemie + Papier Holding AG (Schweiz) gehörende Perlen Papier AG. Auch europaweit findet ein Konzentrationsprozess bei Papierherstellern statt.

52. In der Schweiz gibt es, wie bereits in Rz 2 genannt, vier Papiergrosshändler. Grösster Händler von grafischem Papier in der Schweiz ist, wie aus nachfolgender Tabelle 5 ersichtlich, Papyrus mit einem Umsatz im Jahr 2010 von CHF [...], gefolgt von Fischer mit CHF [...],

Antalis mit CHF [...] und Inapa mit CHF [...]. Geht man davon aus, dass der Gesamtmarkt sich aus den Umsätzen dieser vier Papiergrosshändler zusammensetzt, so hatte Papyrus 2010 einen Marktanteil von rund [...] %, Fischer einen solchen von [...] %, Antalis von [...] % und Inapa von [...] %.

53. Die vier Papiergrosshändler geben als ihre fünf wichtigsten Lieferanten für grafische Papiere 2010 solche in der Schweiz und in weiteren europäischen Ländern an. Drei der vier Grosshändler bezogen 2010 grafische Papiere dabei auch von konzerninternen Lieferanten, allerdings jeweils nur zu einem geringen Prozentsatz. Jeder der vier Grosshändler verfügt dabei bei grafischen Papieren über einen Kundenstamm von (teilweise sehr deutlich) über 1000 Kunden (Stand: 2010). Die befragten Grosshändler erzielen dabei [...] % ihres schweizweiten Umsatzes mit grafischen Papieren mit Lagergeschäften, entsprechend also [...] % mit Streckengeschäften.

Tabelle 5: Umsatz der Papiergrosshändler mit grafischen Papieren in der Schweiz,

Jahr	Schweizweiter Umsatz mit grafischem Papier [CHF Mio.]				
	Antalis	Fischer	Inapa	Papyrus ²⁴	Summe
2007	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
2008	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
2009	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
2010	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

Quelle: Angaben der jeweiligen Papiergrosshändler und darauf basierende Berechnungen des Sekretariats.

54. Gemäss eines Artikels der Zeitschrift Druckmarkt²⁵ gibt es in der Schweiz aktuell etwa 1800–2000 Druckereien. Die meisten davon sind Kleinbetriebe. So schätzt die VISCOM, dass es 2007 in der Schweiz rund 2600 Betriebe in der grafischen Industrie gab, davon über 2000 Kleinbetriebe mit unter 10 Mitarbeitern, rund 400 Firmen mit 10–49 Mitarbeitern und nur rund 90 mit 50 Mitarbeitern oder mehr (vgl. Tabelle 6). Die Schweizerische Druckereibranche ist in zwei Verbänden organisiert, erstens der VISCOM und zweitens dem Verband der Schweizer Druckindustrie (VSD).

²³ "Papierindustrie schöpft neue Hoffnung", Neue Luzerner Zeitung Gesamtausgabe, 08.09.2011.

²⁴ Ohne Kopier- und Rollenpapier.

²⁵ "Die Faust im Sack", Druckmarkt 59, Juni/Juli 2011, S. 11.

Tabelle 6: Schätzung der Anzahl Betriebe und Arbeiter in der grafische Industrie, Schweiz, 2007

Anzahl Beschäftigte pro Betrieb	Arbeitsstätten		Beschäftigte	
	Anzahl Arbeitsstätten	Anteil in %	Anzahl Beschäftigte	Anteil in %
1– 9	2150	81.5	7365	24.7
10 – 49	397	15.1	9032	30.2
50 – 99	51	1.9	4060	13.6
100 – 499	38	1.4	7810	26.1
500 und mehr	2	0.1	1610	5.4
Total	2638	100	29877	100

Quelle: Schätzung der VISCOM, basierend auf Daten der Betriebszählung des Bundesamtes für Statistik für 2005, veröffentlicht in VISCOM, "Zahlen und Fakten 2009" S. 6.

55. Unternehmen der grafischen Industrie beziehen ihren Bedarf an grafischen Papieren v.a. bei Papiergrosshändlern und/oder direkt bei Papierherstellern. Die vom Sekretariat angeschriebenen Unternehmen der grafischen Industrie wurden gebeten, ihre jeweils fünf wichtigsten Lieferanten für grafische Papiere im Jahr 2010 zu nennen inkl. einer Schätzung der jeweiligen Bezüge. Dabei zeigt sich, dass 36 der 38 Antwortenden mindestens einen der vier schweizerischen Papiergrosshändler zu ihren fünf wichtigsten Lieferanten für grafische Papiere zählte, während lediglich 9 der 38 Antwortenden mindestens einen "klassischen" Hersteller grafischer Papiere (Hersteller z.B. von Couverts und von Nischenprodukten wie Ansichtskarten und Bucheinbänden ausgenommen) als einer ihrer fünf wichtigsten Lieferanten nannte. Dies bedeutet, dass für die grosse Mehrheit der befragten Unternehmen der direkte Bezug von Papierherstellern wenig bedeutend ist. Zählt man dagegen die angegebenen Volumina der jeweils fünf wichtigsten Lieferanten aller Antwortenden zusammen, zeigt sich, dass mit CHF 114 Mio. ein deutlich höheres Volumen auf Papierhersteller entfällt als auf Grosshändler mit CHF 69 Mio.²⁶ bei einem gesamthaft angegebenen Bezug an grafischen Papieren über alle Lieferanten der 38 Unternehmen von CHF 205 Mio. Dieser hohe Wert ist sicherlich auch darauf zurückzuführen, dass unter den 38 antwortenden Unternehmen 19 der 20 grössten Unternehmen der grafischen Industrie in der Deutschschweiz vertreten sind. So gehören acht der neun Unternehmen, welche einen "klassischen" Papierhersteller als einen ihrer fünf wichtigsten Lieferanten genannt haben, zu den 20 grössten Deutschschweizer Unternehmen der grafischen Industrie, und auch das neunte Unternehmen hat über 50 Mitarbeiter.²⁷

56. Die befragten Unternehmen der grafischen Industrie wurden aufgefordert, die Preisentwicklung von 2007 bis 2010 für ihr meistgekauftes Papier anzugeben. 29 gaben an, dass es sich bei diesem um ein Bogenpapier handelte, deren fünf, dass es ein Rollenpapier war. Die Ergebnisse dieser Befragung bezüglich Preisentwicklung sind

in Tabelle 7 dargestellt. Wie daraus ersichtlich ist, stieg bei denjenigen, welche ein Bogenpapier als ihr meistgekauftes Produkt nannten, der Preis dieses meistgekauften Papiers 2008 gegenüber 2007 um durchschnittlich 0,9 %, lag 2009 gegenüber 2007 mit einem Plus von 1,2 % nochmals leicht darüber und sank 2010 auf ein Niveau von 1,1 % unter demjenigen von 2007. Bei Rollenpapier stieg der Preis 2008 gegenüber 2007 mit einem Plus von 4,2 % stärker an, verharrte dann 2009 auf etwa gleichem Niveau und sank 2010 sehr stark um 9,0 % unter das Niveau von 2007. Letztere Durchschnittswerte basieren allerdings lediglich auf drei Beobachtungen,²⁸ so dass die Aussagekraft dieser Beobachtung beschränkt ist.

57. Auch die Papiergrosshändler wurden zur Preisentwicklung befragt. Es zeigt sich in Tabelle 8, dass sich die Preise von grafischem Papier bei den einzelnen Grosshändlern gemäss deren Einschätzung recht unterschiedlich entwickelt haben. [...]. Alle drei Antwortenden schätzen, dass ihre Preise für grafische Papiere 2010 tiefer ausfielen als 2009.²⁹ Eine Tendenz sinkender Preise ab 2010 lässt sich auch aus den in Tabelle 4 aufgeführten Preisanpassungen auf die Listenpreise seitens der vier Grosshändler erkennen.

²⁶ Das Gesamtvolumen an grafischem Papier, welches jeweils bei Grosshändlern und bei Papierherstellern bezogen wurde, liegt dem Sekretariat allerdings nicht vor.

²⁷ Weiter wurden auch Unternehmen, welche sich auf die Produktion von Produkten wie Couverts und Buchumschläge spezialisieren sowie kleinere Händler und teilweise auch mit grafischen Papieren handeln, als die fünf wichtigsten Lieferanten angegeben (Gesamtsumme dieser Gruppe sowie Diverse ca. CHF 0,5 Mio.).

²⁸ Einer der fünf Unternehmen mit Rollenpapier als meistgekauftem Produkt gab keine Preise an, ein weiterer gab Preise in Euros an.

²⁹ Fischer beantwortete diese Frage nicht.

Tabelle 7: Preisentwicklung beim meistverkauften Papier, Preise verglichen mit 2007

Jahr	Preisniveau verglichen mit 2007 (in Klammern Anzahl Beobachtungen)	
	Bogenpapier	Rollenpapier
2008	+ 0,9 (26)	+ 4,2 (3)
2009	+ 1,2 (27)	+ 4,0 (3)
2010	- 1,1 (27)	- 9,0 (3)

Quelle: Berechnungen gestützt auf Angaben von Unternehmen der grafischen Industrie

Tabelle 8: Schätzung, wie sich die Preise der eigenen Firma für grafische Papiere durchschnittlich entwickelt haben

	Antalis	Inapa	Papyrus
2008 verglichen mit 2007	[...]	[...]	[...]
2009 verglichen mit 2007	[...]	[...]	[...]
2010 verglichen mit 2007	[...]	[...]	[...]

Bemerkung: Von Fischer keine Antwort hierzu.

58. Die Unternehmen der grafischen Industrie sehen sich bei der Beschaffung von grafischem Papier vier schweizerischen Papiergrosshändlern gegenüber. Für die meisten der vielen kleineren Druckereien sind diese vier Grosshändler de facto die einzige Bezugsquelle. Ein alternativer Bezug direkt bei schweizerischen Papierherstellern und/oder bei verschiedenen Quellen im Ausland kommt dabei v.a. für die grossen Unternehmen der grafischen Industrie in Frage.

B.2.4.3 Fazit

59. Die Analyse der Wettbewerbssituation im Bereich grafischer Papiere zeigt, dass die grafische Industrie der Schweiz aus einer Vielzahl von kleineren Unternehmen mit weniger als zehn Mitarbeitern und verhältnismässig wenigen grossen Unternehmen mit 50 Mitarbeitern oder mehr besteht. Vor allem kleinere Unternehmen beschaffen ihren Bedarf an grafischem Papier aus praktischen Gründen wie des angebotenen Lieferservices hauptsächlich bei einem der vier in der Schweiz tätigen Papiergrosshändler. Dagegen dürfte der direkte Bezug bei Papierherstellern nur für eine Minderheit der Unternehmen der grafischen Industrie, und zwar v.a. für grössere Unternehmen, von Bedeutung sein, da sich ein solcher Bezug in der Regel v.a. für grössere Bestellmengen anbietet.

60. Sämtliche der vier Papiergrosshändler sind aufgrund ihrer Umsätze als wichtige Wettbewerber im Bereich des Absatzes von grafischen Papieren in der Schweiz via den Grosshandel einzustufen. So verfügte der umsatz-

stärkste Händler in diesem Bereich 2010 über einen Marktanteil von rund [...] %, während die Nummer vier noch einen Marktanteil von rund [...] % inne hatte. 2007 waren die Marktanteile der vier Papiergrosshändlern in diesem Bereich mit Marktanteilen von [...] % bis [...] % sogar noch etwas ausgeglichener.

61. Schliesslich ergibt sich aus der Befragung von Unternehmen der grafischen Industrie, dass der Preis ihres jeweils meistgekauften Bogenpapiers 2008 und 2009 verglichen mit 2007 durchschnittlich leicht höher lag, 2010 dagegen durchschnittlich auf einen Wert unter demjenigen von 2007 sank. Auch die Antworten dreier Papiergrosshändler bezüglich ihrer Verkaufspreise für grafisches Papier deuten darauf hin, dass das Preisniveau für grafisches Papier 2010 verglichen mit 2009 gesunken ist.

C Schlussfolgerungen

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

1. stellt fest, dass keine genügenden Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegen;
2. beschliesst, die Vorabklärung ohne Folgen einzustellen;
3. teilt den Parteien die Einstellung der Vorabklärung mit.

B 1	4. Beratungen Conseils Consulenze
B 1.4	1. Benchmarking Hypothekarzinssmargen

Beratung betreffend Benchmarking Hypothekarzinssmargen

Benchmarking Hypothekarzinssmargen als Informationsaustausch (Art. 5 KG); Beurteilungskriterien; Art. 23 Abs. 2 KG

I. Sachverhalt

Mit Schreiben vom 25. Juli 2011 ersuchte die Gesuchstellerin um Beratung gemäss Art. 23 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) betreffend nachfolgenden Sachverhalt. Die Gesuchstellerin plant die Erstellung eines Benchmarks über die Hypothekarzinssmargen von festen 1. Hypotheken in der Schweiz. Zu diesem Zweck sollen die Banken in der Schweiz möglichst vollzählig ihre entsprechenden Daten der Gesuchstellerin zur Verfügung stellen. Im Bezug auf 1. Hypotheken mit fixer Laufzeit, welche zwischen dem 1. Januar 2000 und 31. Dezember 2010 betreffend in der Schweiz befindliche Objekte und Schuldner vergeben wurden, sind dies: das Datum der Kreditvergabe, die Kredithöhe, Laufzeit, Zinssatz und Belehnungshöhe der Ersthypothek, weiter der Kundentyp (Privat-/Firmenkunde) und die Postleitzahl der vergebenden Filiale (letzteres wird nicht offen gelegt). Anhand des Benchmarks sollen folgende Darstellungen/Auswertungen ermöglicht werden:

1. Eine grafische Darstellung der Margensituation nach einzelnen MS-Regionen (mobilité spatiale)¹, welche jeweils mindestens 4 Banken erfassen müssen; andernfalls werden Regionen zusammengelegt und vergrössert.
2. Tabellen und charttechnische Auswertungen der Preisdurchsetzung sowie Zinssmargen-Entwicklung über die Zeit in den MS-Regionen mithilfe verschiedener möglicher Filter (Privat-/Firmenkunde, Neuhypothek/Verlängerung, Hypothekarhöhe von/bis, Belehnungshöhe von/bis, Laufzeit), aus welchen jeweils die Jahresdurchschnittsmargen der Teilnehmer in Relation mit dem gewählten jeweiligen Filter in anonymisierter Form ersichtlich wird ("1 Linie pro Bank").

Die teilnehmenden Banken werden je einmalig ein entsprechendes Set an Auswertungen betreffend das eigene Institut gegen Gebühr (ausgenommen UBS/CS und Raiffeisen) erhalten. Eine erneute Benchmark-Erstellung wäre frühestens in 5 Jahren vorgesehen.

Gemäss Gesuchstellerin besteht der Nutzen für die Banken in der Kontrolle der eigenen Strategieerreichung. Ziel der Analyse soll es einerseits sein, den Ban-

ken aufzuzeigen, ob sie (ihre Mitarbeiter) ihre Strategie bezüglich Pricing in den letzten zehn Jahren umsetzen konnten, andererseits Ihnen die Interpretation der eigenen Zinsergebnisse unter Berücksichtigung eines regionalen Fokusses zu ermöglichen.

II. Beurteilung

Die Wettbewerbsbehörden hatten bereits verschiedentlich Informationsaustauschverfahren zu beurteilen, u.a. ein Benchmark-Projekt im Versicherungssektor.² Primäres Ziel eines Benchmarkings sollte "die Steigerung der Effektivität und der Wettbewerbsfähigkeit eines Unternehmens durch einen Vergleich mit den in der Vergleichsgruppe identifizierten „Klassenbesten“³ sein. Benchmark-Systeme sind folglich nicht an sich wettbewerbsbeschränkend, sondern im Einzelfall auf ihre Eignung zur Wettbewerbsbeschränkung respektive ihre voraussichtlichen Auswirkungen hin zu prüfen. Aufgrund von Benchmarks kann einerseits die Performance von Unternehmen verglichen werden, was Anreize zur Wettbewerbsverbesserung geben kann, andererseits erleichtert die damit einhergehende Erhöhung der Transparenz die gegenseitige Abstimmung.⁴

Das Wettbewerbsergebnis eines Informationsaustausches und damit die Antwort auf die Frage, ob von einem Benchmark pro- oder antikompetitive Wirkungen zu befürchten sind, hängt einerseits von der konkreten

¹ Gemäss Homepage des Bundesamtes für Statistik lässt sich die Schweiz in 106 sogenannte MS-Regionen aufteilen, welche sich durch eine gewisse räumliche Homogenität auszeichnen und dem Prinzip von Kleinarbeitsmarktgebieten mit funktionaler Orientierung auf Zentren gehorchen. Einzelne MS-Regionen sind kantonsübergreifend. Die MS-Regionen gelten bis heute als wichtige mikroregionale Analysegliederung der Schweiz. Sie werden in der Regel als mikroregionale Zwischenebene für zahlreiche wissenschaftliche und regionalpolitische Zwecke verwendet (http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/regionen/11/geo/analyse_regionen/03.html; 21.10.2011).

² RPW 2007/1, 165 ff., *Praxis der schweizerischen Wettbewerbsbehörden im Versicherungsbereich – Anhang V: Benchmarking-Analysen im Bereich Lebensversicherungen* (nachfolgend: *Benchmarking-Analysen im Bereich Lebensversicherungen*).

³ PHILIPP VOET VAN VORMIZEELE, Möglichkeiten und Grenzen von Benchmarking nach europäischem und deutschem Kartellrecht, in: WuW 2/2009, 143 – 155, 143. In der Regel steht die Kostenoptimierung im gebenchmarkten Bereich im Vordergrund, weshalb Benchmarking auch als Kostenuntersuchung qualifiziert werden kann (vgl. DERS., 145 mit weiteren Hinweisen).

⁴ RPW 2007/1, 144, Rz 36, *Praxis der schweizerischen Wettbewerbsbehörden im Versicherungsbereich*. Siehe auch mit weiteren Ausführungen PHILIP BIERBACH, Benchmarking – Rechtliche Einordnung unter besonderer Berücksichtigung des Kartellrechts, Europäische Hochschulschriften Bd. 3489, 283.

Ausgestaltung des Informationsaustausches an sich ab (der Art und Qualität der ausgetauschten Daten etc.) sowie andererseits von der Struktur, den Eigenschaften des betroffenen Marktes.⁵ Bei Margen-Benchmarks kann im Übrigen nicht gleichsam von Effizienzsteigerungen ausgegangen werden wie bei den üblichen Kostenbenchmarks⁶, weshalb sie aus wettbewerbsrechtlicher Sicht grundsätzlich grösserer Skepsis begegnen und zu einer entsprechend kritischen Prüfung der relevanten, im Folgenden zu betrachtenden Faktoren führen müssen. Abschliessend ist zu fordern, dass der Informationsaustausch auf das für die Erreichung der eigentlichen Benchmarking-Ziele zwingend Erforderliche und damit das Nötigste zu reduzieren ist. Damit kann der Gefahr begegnet werden, dass anlässlich der Studie auch Informationen ausgetauscht werden, die wettbewerbsbeschränkende Wirkungen entfalten können.⁷ Nachfolgend wird darauf eingegangen, wie sich im vorliegenden Fall diejenigen Elemente präsentieren, welche gemäss der bisherigen Praxis der Wettbewerbsbehörden in diesem Zusammenhang und damit u.a. für die Beurteilung von Benchmark-Projekten von entscheidender Bedeutung waren:⁸

Inhalt der ausgetauschten Informationen:

Bei der Beurteilung des vorliegend geplanten Benchmarking-Projekts ist festzuhalten, dass es sich in Abweichung zum klassischen "Kosten-Benchmarking" um ein "Margen-Benchmarking" über die Hypothekarzinsmargen von festen 1. Hypotheken handeln soll. Den Teilnehmern soll einerseits eine graphische Aufarbeitung nach MS-Regionen mit unterschiedlicher Farbsättigung je nach realisierter Zinsmarge, andererseits die eigenen Werte sowie die Werte der anderen Teilnehmern mittels Tabellen und Charts (eine Linie pro Teilnehmer; verschiedene mögliche Filter) je Region (vgl. nächster Punkt) zur Verfügung gestellt werden.

Gemäss der bisherigen Praxis der Wettbewerbsbehörden ist ein Austausch von sensiblen – nicht zwingend geheimen, jedoch üblicherweise vertraulich gehaltenen, firmenspezifischen – Informationen⁹ grundsätzlich als problematisch einzustufen, wogegen beim Austausch von weniger sensiblen Informationen eine fallspezifische Beurteilung erfolgen muss. Als problematisch wird regelmässig der Austausch von Informationen betreffend Preise, Margen, Rabatte, Preiserhöhungen, einzelne Kunden etc. angesehen.¹⁰ Ein Austausch der Hypothekarzinsmargen *tel quel* wäre – als firmenspezifische Kennzahl und Preiselement¹¹ – demnach problematisch.

In casu werden jedoch die effektiven Margen weder direkt unter den Unternehmen ausgetauscht noch der Gesuchstellerin zugespielt. In den Analysen ausgewiesen werden durch die Gesuchstellerin mithilfe eines standardisierten Refinanzierungssatzes errechnete Margen-Durchschnittswerte. Die individuellen Refinanzierungssätze der Teilnehmer werden der Gesuchstellerin nicht bekannt gegeben. Die Angaben der Unternehmen werden aufbereitet und aggregiert, so dass gemäss Gesuchstellerin keine konkreten Rückschlüsse mehr auf die Margen der Konkurrenten in einer Region möglich sein sollen (es finden im Rahmen des Benchmark-Projektes keine Treffen zwischen den Teilnehmern statt, die individuellen Daten werden von der Gesuchstellerin jeder

Bank einzeln präsentiert). Auf die entsprechenden Vorkehren zur Aggregation wird unter den folgenden Punkten eingegangen. Von ihnen wird abhängig sein, ob bezüglich des vorliegend geplanten Austausches von Hypothekarzinsmargen, welche grundsätzlich sensible Daten darstellen, kartellrechtliche Bedenken anzubringen sind. Es muss ausgeschlossen werden können, dass durch die Informationen Rückschlüsse auf das individuelle Marktverhalten eines Konkurrenten gezogen und der Informierte dadurch in die Lage versetzt werden könnte, sein eigenes Marktverhalten an dem des Konkurrenten zu orientieren¹².

Aggregationsniveau:

Bei Informationsaustauschverfahren mit aggregierten Daten ist der Grad der Aggregation entscheidend, denn je detaillierter ausgetauschte Informationen sind, desto einfacher ist es, das Verhalten anderer Unternehmen auf dem Markt zu antizipieren und das eigene Verhalten entsprechend anzupassen¹³. Demnach ist der Austausch von aggregierten Daten, d.h. solchen, die nur mit hinreichender Schwierigkeit Rückschlüsse auf individuelle unternehmensspezifische Daten zulassen, in der Regel weniger problematisch¹⁴.

Die Frage, ab wie vielen Unternehmen eine Zuordnung der Angaben ausgeschlossen werden kann, kann nicht allgemein und absolut beantwortet werden, sondern ist ebenfalls abhängig vom konkreten Einzelfall.¹⁵ Entscheidend ist die Frage, ob der Informationsaustausch Rückschlüsse auf konkrete Wettbewerber erlaubt, etwa weil die Teilnehmer nicht hinreichend anonymisiert oder die Daten nicht hinreichend aggregiert wurden, oder weil trotz Anonymisierung und Aggregation besondere Marktverhältnisse gegeben sind, die dennoch eine leichte Zuordnung der Daten erlauben.¹⁶

⁵ Vgl. auch Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. C 11 vom 14.01.2011 S. 1 ff., Rz 75 (nachfolgend Leitlinie C11). BIERBACH (Fn. 4), 279.

⁶ Vgl. auch Fn. 3.

⁷ Vgl. dahingehend BIERBACH (Fn. 4), 280, unter Verweis auf entsprechende Empfehlungen von Benchmarking-Zentren.

⁸ RPW 2007/1, 167, Rz 213, *Benchmarking-Analysen im Bereich Lebensversicherungen*.

⁹ MARCEL MEINHARDT/DANIEL HUFSCHEID, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 6 Abs. 1 Bst. a und b 1. HS KG N 166.

¹⁰ Vgl. für die EU Leitlinie C11, Rz 86; BSK KG-MEINHARDT/HUFSCHEID (Fn. 9), Art. 6 Abs. 1 Bst. a und b 1. HS KG N 166.

¹¹ Als Zinsmarge bezeichnet man die Differenz zwischen dem Zins, den ein Kreditinstitut einerseits bei der Kredithingabe verlangt und demjenigen Zins, den sie für die zu diesem Zweck aufgenommenen oder zu refinanzierenden Mittel zu zahlen hat (www.wirtschaftslexikon24.net/d/zinsspanne/zinsspanne.htm; 21.10.2011).

¹² VOET VAN VORMIZEELE (Fn. 3), 151. Entsprechend auch BIERBACH (Fn. 5), 283 und 290.

¹³ BSK KG- BÜHLER/HALBHEER (Fn. 9), Ökonomische Grundlagen und Grundbegriffe, Vor Art. 1 KG N 106.

¹⁴ Leitlinie C11, Rz 89.

¹⁵ FLORIAN WAGNER-VON PAPP, "Who is't that can inform me?" – The Exchange of Identifying and Non-Identifying Information, in: E.C.L.R. 4/2007, 264 – 270, 265.

¹⁶ KARENFORT JÖRG, Der Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern – kompetitiv oder konspirativ, WuW 11/2008, 1154 – 1166, 1159.

In casu sollen die einzelnen Datensätze der Benchmarking-Analyse je MS-Region¹⁷ aggregiert werden. Sollten in einer MS-Region weniger als vier Banken teilnehmen, so würde diese Region mit einer Nachbarregion zusammengelegt, bis das Kriterium "weniger als vier Banken" nicht mehr erfüllt ist. Bei wie vielen der insgesamt 106 Regionen dies schlussendlich der Fall sein wird, ist nicht bekannt. Jedenfalls sollen mit diesem Sicherungsmechanismus allfällig mögliche Rückschlüsse auf einzelne Institute verhindert werden. Gemäss Gesuchstellerin sei dies bereits bei lediglich drei Teilnehmern nicht mehr möglich.

Dennoch ist vor dem Hintergrund des oben Gesagten und damit des geplanten Austausches grundsätzlich sensibler Daten davon auszugehen, dass das Aggregationsniveau von der Anzahl Mindestbanken je MS-Region (mindestens vier) her gesehen vorliegend als tief anzusehen ist. Dies auch, da bei besonders heiklen Daten in der Regel tendenziell eine stärkere Aggregation zu fordern ist.¹⁸ Das Sekretariat hat demnach von der Anzahl Banken je Auswertungsregion her grundsätzlich Bedenken, dass (insbesondere in Zusammenhang mit den diversen Filtermöglichkeiten) effektiv jegliche Zuordnung der Daten und damit Rückschlüsse auf individuelles Marktverhalten ausgeschlossen sind. Sollte Letzterem nicht mittels der weiteren noch abzuhandelnden Vorkehrungen begegnet werden können, so wäre der geplante Informationsaustausch aus Sicht des Sekretariates kartellrechtlich als problematisch anzusehen.

Stärker fällt die Aggregation in sachlicher Hinsicht aus. Ausgewiesen werden sollen ausschliesslich die Jahresdurchschnittszinssmargen. Dazu sollen die Zinssmargen der einzelnen Institute je MS-Region monatlich mit standardisierten Refinanzierungskosten berechnet und bei den anschliessenden Auswertungen die Daten auf ein Jahr aggregiert werden, wohingegen die realen Refinanzierungssätze einer Bank innerhalb eines Jahres mehr oder weniger starken Schwankungen unterworfen sind¹⁹. Letztere werden der Gesuchstellerin ebenso wenig wie die effektiven Margen kommuniziert. Der von der Gesuchstellerin zu verwendende Satz wird unabhängig von demjenigen der Banken ermittelt (Swapsatz), weshalb weder Bonität der Banken noch die Effekte aus der Fristentransformation berücksichtigt werden. Die Unternehmen kennen folglich über die Auswertungen den standardisierten sowie den eigenen effektiven Refinanzierungssatz, nicht aber denjenigen der Konkurrenten. Die effektiven Margen der Konkurrenten gehen aus der Studie nicht hervor, ebenso wenig die Anzahl erteilter Hypothekarkredite. Rückschlüsse auf konkret vereinbarte Hypothekarzinsen und damit auf einzelne Geschäfte werden im Übrigen durch die Nichterhebung bestimmter, für die effektive Zinshöhe im Einzelfall relevanter Parameter verhindert. In diesem Sinne sollen weder der Objekttyp (selbstbewohntes Wohneigentum, Renditeliegenschaft, Betriebsliegenschaften etc.), das Rating des Schuldners noch Lage und Qualität des Objektes (gute Liegenschaft an guter Lage vs. schlechte Liegenschaft an schlechter Lage) in die Studie einfließen.

Neben der sachlichen Aggregation, welche in Bezug auf die vorliegend grundsätzlich als sensibel einzustufenden Daten *in casu* als genügend erachtet werden kann, bleibt entscheidend, dass diese Daten nicht einzelnen

Marktteilnehmern zugeordnet werden können. In diesem Zusammenhang kommt es wesentlich auf die Darstellung der auf die beschriebene Art ermittelten Angaben an.

Vorliegend sollen, entgegen der üblichen Darstellung beim klassischen Benchmarking, weder die individuellen Daten mit einem Benchmark (Klassenbesten) verglichen noch die ermittelten Angaben weiter durch den Zusammenzug auf einen einzelnen Vergleichswert aggregiert, sondern, wenn auch anonymisiert, je Bank eine Linie ausgewiesen werden. Dies erhöht in Zusammenhang mit einer Mindestzahl von nur vier Banken je Auswertungsregion die Gefahr einer möglichen Zuordnung der Angaben zu einzelnen Marktteilnehmern. Letzteres scheint dem Sekretariat insbesondere vor dem Hintergrund unternehmensinterner Kenntnisse regionaler Eigenheiten sowie betreffend die übrigen Marktteilnehmer in einer Region im Einzelfalle nicht ausgeschlossen²⁰. Da aus Sicht des Sekretariates zudem nicht ersichtlich ist, worin der wettbewerbsfördernde zusätzliche Nutzen eines Vergleiches mit dem Wert eines jeden Teilnehmers liegen und weshalb ein solcher zur Erreichung der Zielsetzung des Projekts erforderlich sein soll²¹, ist eine verstärkte Aggregation zu fordern und die Darstellung auf eine Vergleichslinie (z.B. Benchmark) sowie die eigene Linie eines jeden Teilnehmers zu beschränken. Dies entspricht auch dem Kriterium der Beschränkung des Informationsaustauschverfahrens auf das für die Erreichung des Zieles Notwendige²².

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass das Aggregationsniveau von der Anzahl Mindestbanken je MS-Region (mindestens vier) her gesehen tief ist. Der Detailgrad der ausgetauschten Informationen wird zwar durch die Aggregation der monatlichen, mit einem standardisierten Refinanzierungssatz berechneten Zinssmargen auf den Jahresdurchschnittswert vermindert, reicht aber aus Sicht des Sekretariates im Hinblick auf die fehlende Aggregation der Ergebnisse bei der Darstellung mittels einer Linie pro Teilnehmer nicht aus, um eine Zuordnung der Daten zu verhindern. Daher ist eine verstärkte Aggregation zu fordern, indem bei der Auswertung neben der jeweiligen Linie des entsprechenden

¹⁷ Vgl. vorne Fn. 1.

¹⁸ JOHAN CARLE/MATS JOHNSON, *Benchmarking and E.C. Competition Law*, *European Competition Law Review* 1998, 74 – 84, 76: "... further aggregation being necessary regarding particularly sensitive information".

¹⁹ Den Banken stehen verschiedene Möglichkeiten der Refinanzierung zur Verfügung wie bspw. über Kundengelder, Interbankengeschäfte etc. Vgl. auch vorne, Fn. 11.

²⁰ Vgl. in diesem Zusammenhang auch WAGNER-VON PAPP (Fn. 15), 266: "However, even with more than two contributors, disaggregation may still be possible once the interrelatedness between different items of information is taken into account, or when the data exchanged can be complemented by information retrieved from other sources."

²¹ Aus Sicht des Sekretariates müsste sowohl ein Vergleich mit einem Benchmark als auch mit einem Durchschnittswert eine Beurteilung der Strategieerreichung bezüglich Pricing ermöglichen. Gleich verhält es sich bzgl. der Interpretation der eigenen Zinsergebnisse unter Berücksichtigung eines regionalen Fokusses.

²² Vgl. oben S. 3.

Instituts nur noch eine einzelne Vergleichslinie ersichtlich sein soll. In Kombination sowie vor dem Hintergrund der weiteren nachfolgend behandelten Kriterien ist unter Einhaltung der zusätzlich geforderten Aggregation aus Sicht des Sekretariates das Aggregationsniveau der Daten *in casu* als genügend zu erachten.

Aktualität der Informationen:

Grundsätzlich gilt, dass beim Austausch von aktuellen Daten und Prognosen Vorsicht geboten, beim Austausch von historischen Daten jedoch kaum mit kartellrechtlich problematischen Auswirkungen zu rechnen ist. Wann Daten zu historischen Daten werden, kann abermals nicht unabhängig von den Merkmalen des relevanten Marktes und der betreffenden Branche festgelegt werden. Es gibt keine fixe Schwelle, ab wann Daten alt genug sind, um kein Wettbewerbsrisiko mehr darzustellen. Hingegen kann tendenziell davon ausgegangen werden, dass das mit dem Informationsaustausch verbundene Wettbewerbsrisiko umso geringer ist, je älter die verwendeten Daten sind.

Der Benchmark soll per Beginn 2012 erscheinen und die Daten von Hypothekenvergaben von 2000 bis Ende 2010 und somit vergangenheitsbezogene Daten enthalten. Auch wenn insbesondere die jüngeren Daten damit wohl noch einen gewissen Bezug zum aktuellen Marktverhalten der Unternehmen aufweisen (betreffend 1. feste Hypotheken werden regelmässig langjährige Verträge abgeschlossen), so stellen auch diese bei einer Präsentation mit einem Zeitverzug von 12 Monaten keine hochaktuellen Daten mehr dar und sind die Daten damit gesamthaft historischen näher. Für die Zwecke des vorliegenden Projekts kann demnach davon ausgegangen werden, dass es sich beim geplanten Austausch eher um einen solchen historischen Daten handelt, dürfen diese doch den Unternehmen zumindest keine direkte Reaktion auf das Verhalten der übrigen Marktteilnehmer mehr erlauben. Ein solcher ist aus kartellrechtlicher Sicht unproblematischer als ein Informationsaustausch mit aktuellen Daten oder gar Prognosen.

Frequenz des Informationsaustauschs:

Je öfter Daten ausgetauscht werden, desto einfacher und schneller können Geschäftsstrategien angepasst bzw. angeglichen werden. Auch die Frequenz des Informationsaustausches ist vorliegend als tief und damit kartellrechtlich unproblematisch zu werten, da frühestens nach fünf Jahren ein Update geplant ist, welches wiederum mit einem Zeitverzug von zwölf Monaten erscheinen würde.

Homogenität der Produkte:

Sind die Produkte auf dem zu untersuchenden Markt homogen, können Wettbewerbsparameter aufgrund von Informationsverfahren einfacher koordiniert werden als in Märkten mit differenzierten Produkten. Der Benchmark soll sich vorliegend auf Margen von festen 1. Hypotheken beziehen, wobei es sich grundsätzlich um homogene Produkte handelt. Jedoch sollen, wie bereits in Zusammenhang mit der Aggregation der Daten gezeigt, für die Vergleichbarkeit wesentliche Parameter (Objekttyp, das Rating des Schuldners, Lage und Qualität des Objektes²³) nicht erhoben und dadurch die kar-

tellrechtlichen Bedenken bezüglich Homogenität vermindert werden.

Marktstruktur:

Die Anzahl konkurrierender Unternehmen auf einem Markt hat Einfluss auf die Wahrscheinlichkeit, mit der die ausgetauschten Daten einzelnen Unternehmen zugeordnet werden können²⁴. Der Markt für Hypothekarkredite ist nach den bisherigen Feststellungen der Wettbewerbskommission als vergleichsweise konzentriert zu betrachten²⁵, wovon auch die Gesuchstellerin ausgeht. Anhaltspunkte, welche vorliegend eine abweichende Beurteilung als angezeigt erscheinen lassen, liegen keine vor.

Zugang:

Wird mittels eines Benchmarks die Transparenz im Markt erhöht, so ist aus Sicht des Sekretariates grundsätzlich eine möglichst einheitliche Information der Marktteilnehmer zu begrüssen, um Informationsasymmetrien und damit allenfalls verbundene Wettbewerbsnachteile nach Möglichkeit zu verhindern²⁶. Auch wenn Einzelfälle denkbar sind, in denen Zugangsschranken erforderlich und verhältnismässig und damit gerechtfertigt sein können, so ist in jedem Fall auf eine angemessene, diskriminierungsfreie Ausgestaltung der Rahmenbedingungen und damit insbesondere auch der Informationsverteilung zu achten.

Ziel der vorliegenden Studie ist es, ein umfassendes Bild der Hypothekarzinismargen über die 106 MS-Regionen in der Schweiz abzubilden. Die Gesuchstellerin versucht entsprechend, eigenen Angaben gemäss, möglichst alle Banken zu einer Teilnahme zu bewegen. Einzelne Banken haben hingegen (gemäss zwischenzeitlicher Mitteilung) auf eine Teilnahme (aus internen Gründen) verzichtet. Vor dem Hintergrund des oben Gesagten begrüsst es das Sekretariat, wenn die Ergebnisse der Benchmarking-Analyse (ohne gesellschaftsspezifische Daten einzelner Teilnehmer preiszugeben) auch aktuellen oder potenziellen Marktteilnehmern, welche nicht an den Analysen teilgenommen haben, auf Wunsch zu nicht diskriminierenden Konditionen zur Verfügung gestellt werden.

III. Fazit

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass es sich beim vorliegend geplanten Margen-Benchmarking grundsätzlich um einen **Informationsaustausch an**

²³ Vgl. die ausführliche Aufzählung in Zusammenhang mit dem Aggregationsniveau (vorletzter Abschnitt; S. 5).

²⁴ BIERBACH (Fn. 5), 295; s.a. RPW 2007/1, 167 Rz 213, *Benchmarking-Analysen im Bereich Lebensversicherungen*.

²⁵ Vgl. dahingehende Ausführungen in RPW 1998/2, 293 ff. Rz 66 ff., *UBS/SBV*.

²⁶ Dahingehend RPW 1999/4, 598 f., *Beratung betreffend hoheitliche und kommerzielle Tätigkeiten der Zuchtorganisation von Rindern*. Fehlt der Zugang zu Informationen, so kann dies eine Markteintrittsschranke darstellen (vgl. BSK KG-MEINHARDT/HUFSCHEID (Fn. 9), Art. 6 Abs. 1 Bst. a und b 1. HS KG N 165).

sich sensibler Daten handelt, welcher aus kartellrechtlicher Sicht tendenziell stärkeren Bedenken begegnet als ein reines Kosten-Benchmarking. Zu Folge der konkreten Ausgestaltung des Projekts und den Eigenschaften des vom Benchmarking beschlagenen Marktes geht das Sekretariat *in casu* jedoch davon aus, dass **bei Einhaltung der folgenden Aspekte antikompetitive Wirkungen nicht wahrscheinlich sind und folglich vom geplanten Benchmarking-Projekt nicht präventiv und von vornherein abgeraten werden muss:**

- Es ist sicherzustellen, dass zwischen den Unternehmen in Zusammenhang mit dem Benchmarking-Projekt keine direkten Kontakte stattfinden und die Daten der Teilnehmer nur der Gesuchstellerin herausgegeben werden. Die Gesuchstellerin ihrerseits muss gewährleisten, dass kein Teilnehmer Einsicht in Daten oder Ergebnisse einer anderen Bank erhält und die Vertraulichkeit der der Gesuchstellerin zur Verfügung gestellten Daten auf Dauer (auch bei Veränderungen in der Personalstruktur etc.) allgemein sichergestellt ist.
- Es ist sicherzustellen, dass die Daten von der Gesuchstellerin so aufgearbeitet und aggregiert werden, dass sie keinem einzelnen Unternehmen zugeordnet werden können. Es dürfen weder Rückschlüsse auf einzelne Geschäfte noch auf das individuelle Marktverhalten einzelner Teilnehmer an sich möglich sein. Entsprechend ist aus Sicht des Sekretariates ein Vergleich mit nur einem Wert zu fordern. Auf die geplante Darstellung der Auswertungen mittels einer Linie je Teilnehmer ist zu verzichten.
- Die Ergebnisse der Benchmarking-Analyse sollten (ohne gesellschaftsspezifische Daten einzelner Teilnehmer preiszugeben) aktuellen oder potenziellen Marktteilnehmern, welche nicht an den Analysen teilgenommen haben, auf Wunsch zu nicht diskriminierenden Konditionen zur Verfügung gestellt werden.
- Die Beurteilung basiert auf der Annahme, dass das Benchmarking einmalig durchgeführt und allenfalls höchstens einmal, frühestens nach einem Zeitraum von fünf Jahren, wiederholt wird. Die Auswertungen sind den Unternehmen jeweils mit einem Zeitverzug von mindestens einem Jahr zu präsentieren.
- Die Beratung beschlägt ausschliesslich die Prüfung der Verwendung der Daten für den umschriebenen Zweck. Gerade weil es sich um ein Benchmarking an sich sensibler Informationen handelt, ist eine zweckmässige Verwendung der Daten und Auswertungen zentral. Sollte sich herausstellen, dass die Ergebnisse der Studie für die Unternehmen in anderem als dem bezweckten Zusammenhang relevant und von Nutzen sein könnten, bitten wir Sie, dies dem Sekretariat zu melden.
- Unternehmen, welche Auswertungen von der Gesuchstellerin beziehen, sind darauf hinzuweisen, dass eine auf den Ergebnissen der Benchmarking-Analyse basierende Anpassung des eigenen Verhaltens an das anderer Institute einen sanktionierbaren Tatbestand erfüllen und zur Eröffnung eines Verfahrens führen kann.

B 2

Wettbewerbskommission
 Commission de la concurrence
 Commissione della concorrenza

B 2	2. Untersuchungen Enquêtes Inchieste
B 2.2	1. Terminierung Mobilfunk

Verfügung vom 12. Dezember 2011 in Sachen Untersuchung gemäss Art. 27 KG betreffend Terminierung Mobilfunk wegen unzulässiger Verhaltensweise gemäss Art. 5 und Art. 7 KG gegen 1. Swisscom (Schweiz) AG, Zürich, 2. Sunrise Communications AG, Zürich, 3. Orange Communications SA, Renens.

A Sachverhalt und Verfahren
A.1 Gegenstand

1. Im Rahmen des Verfahrens betreffend Terminierung Mobilfunk wurde untersucht, ob die drei grossen Mobilfunknetzbetreiber Swisscom (Schweiz) AG (nachfolgend: Swisscom), Sunrise Communications AG (nachfolgend: Sunrise) und Orange Communications SA (nachfolgend: Orange) über eine marktbeherrschende Stellung verfügten und diese im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (KG; SR 251) missbrauchten, indem sie einander überhöhte Terminierungsgebühren verrechneten oder ob sie durch die Vereinbarung von Terminierungsgebühren eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG getroffen haben.

A.2 Verfahren

2. Mit Schreiben vom 15. Oktober 2002 eröffnete das Sekretariat im Einvernehmen mit dem Präsidenten der WEKO eine Untersuchung gemäss Art. 27 KG gegen die Mobilfunkanbieter Orange¹, TDC Switzerland AG (nachfolgend: Sunrise; inzwischen Sunrise Communications AG)², Swisscom Mobile AG (nachfolgend: Swisscom; inzwischen Swisscom (Schweiz) AG)³ und Tele2 Telecommunications Services AG (nachfolgend: Tele2; inzwischen mit Sunrise Communications AG fusioniert), da Anhaltspunkte dafür bestanden, dass die Mobilfunkbetreiber der Schweiz (1) eine marktbeherrschende Stellung auf dem Wholesale-Markt für in ein Mobilnetz eingehende Fernmeldedienste missbrauchen und (2) dass die Mobilfunkanbieter die Terminierungsgebühren in der Höhe und Art untereinander absprechen.

3. Mit Verfügung vom 5. Februar 2007 in Sachen "Untersuchung gemäss Art. 27 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz [KG]; SR 251) betreffend Terminierung Mobilfunk (32-0158) wegen allenfalls un-

zulässiger Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG, gegen Orange Communications AG, Swisscom Mobile AG und TDC Switzerland AG unter Berücksichtigung der Verhaltensweisen bis 31. Mai 2005" (nachfolgend: Terminierung Mobilfunk [32-0158]) hielt die WEKO im Dispositiv nachfolgendes fest:⁴

1. Es wird festgestellt, dass Swisscom Mobile AG im Wholesale-Markt für die in ihr MF-Netz eingehenden Fernmeldedienste im Bereich der Sprachtelefonie bis am 31. Mai 2005 über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG verfügte.
2. Es wird festgestellt, dass Swisscom Mobile AG ihre marktbeherrschende Stellung gemäss Ziff. 1 dieses Dispositivs bis am 31. Mai 2005 im Sinne von Art. 7 KG missbrauchte, indem sie nach Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG unangemessene Terminierungsgebühren von anderen FDA erzwang.
3. Swisscom Mobile AG wird für das unter Ziff. 2 dieses Dispositivs genannte Verhalten für den Zeitraum vom 1. April 2004 bis zum 31. Mai 2005 gestützt auf Art. 49a Abs. 1 KG mit einem Betrag von CHF 333'365'685.- belastet.
4. Für Sachverhalte bis zum 31. Mai 2005 wird betreffend Orange Communications AG und TDC Switzerland AG die Untersuchung eingestellt.
5. Für Sachverhalte nach dem 31. Mai 2005 wird die Untersuchung fortgeführt.
6. Die Verfahrenskosten von CHF 598'053.- bestehend aus einer Gebühr von CHF 597'487.- und Auslagen von CHF 566.-, werden wie folgt aufgeteilt:
 - (a) Zwei Drittel, ausmachend 398'702.-, werden Swisscom Mobile AG auferlegt,
 - (b) je ein Sechstel, ausmachend insgesamt CHF 199'351.-, entfällt auf Orange Communications AG und TDC Switzerland AG, wird jedoch der Staatskasse auferlegt.

¹ act. 1.

² act. 2.

³ act. 3.

⁴ RPW 2007/2, 304 Dispositiv, *Terminierung Mobilfunk*.

4. Gegen diese Verfügung reichte Swisscom am 19. März 2007 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht ein. Mit Urteil vom 24. Februar 2010 hiess das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde von Swisscom teilweise gut und hob die Dispositiv-Ziff. 2, 3 und 6a der Verfügung der WEKO vom 5. Februar 2007 auf. Hingegen wies es die Beschwerde, soweit die Dispositiv-Ziff. 1 der Verfügung vom 5. Februar 2007 angefochten wurde, ab.

5. Gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts erhoben am 23. April 2010 das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement (nachfolgend: EVD) im Namen der WEKO (Geschäftsnummer des Bundesgerichts: 2C_343/2010) und Swisscom (Geschäftsnummer des Bundesgerichts: 2C_344/2010) Beschwerde beim Bundesgericht.

6. Mit Zwischenverfügung vom 8. September 2010 sistierte die WEKO das Verfahren in Sachen Terminierung Mobilfunk (32-0158) bis zur Eröffnung der Entscheide des Bundesgerichts.

7. Mit Urteil vom 11. April 2011⁵ wies das Bundesgericht die Beschwerde des EVD ab⁶ und hiess die Beschwerde von Swisscom (Schweiz) AG teilweise gut. Es hob die Dispositiv-Ziffer 1 des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 24. Februar 2010 insgesamt auf und ersetzte es durch folgende neue Dispositiv-Ziffer 1:⁷ "Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen, soweit darauf einzutreten ist. Die Dispositiv-Ziffern 1, 2, 3 und 6a der Verfügung der Wettbewerbskommission vom 5. Februar 2007 werden aufgehoben."

8. Mit Eröffnung der Entscheide des Bundesgerichts wurde das Verfahren weitergeführt (vgl. Rz 6).

9. Mit Schreiben vom 31. Oktober 2011 stellte das Sekretariat der WEKO den Parteien den Antrag des Sekretariats vom 31. Oktober 2011 in Sachen Untersuchung 32-0158 gemäss Art. 27 KG betreffend Terminierung Mobilfunk wegen allenfalls unzulässiger Verhaltensweise gemäss Art. 5 und Art. 7 KG zur Stellungnahme zu.

10. Mit Eingabe vom 22. November 2011 nahmen Swisscom (Schweiz) AG, Sunrise Communications AG und Orange Communications AG zum Antrag des Sekretariats Stellung.

11. Mit Schreiben vom 1. Dezember 2011 stellte das Sekretariat der WEKO seinen Antrag vom 31. Oktober 2011 sowie die Stellungnahmen der Parteien vom 22. November 2011⁸ zum Entscheid gemäss Art. 30 Abs.1 KG zu. Das Sekretariat der WEKO beantragte:

1. Die Untersuchung 32-0158 gemäss Art. 27 KG betreffend Terminierung Mobilfunk wegen unzulässiger Verhaltensweise gemäss Art. 5 KG und Art. 7 KG gegen Swisscom (Schweiz) AG, Sunrise Communications AG und Orange Communications SA ist einzustellen.

2. Den Parteien sind keine Kosten aufzuerlegen.

12. Zum Antrag des Sekretariats der WEKO hielt Swisscom in ihrer Stellungnahme vom 22. November 2011 fest, dass die Verfügung der Wettbewerbskommission hinsichtlich Orange und Sunrise für die Sachverhalte bis zum 31. Mai 2005 mangels Beschwerde längst in

Rechtskraft erwachsen sei.⁹ Hinsichtlich der Swisscom wurde diese Verfügung vom Bundesverwaltungsgericht und vom Bundesgericht in allen wesentlichen Teilen aufgehoben. Damit sei die vorliegende Untersuchung auch mit Bezug auf Swisscom für die Sachverhalte bis zum 31. Mai 2005 rechtskräftig erledigt, weshalb das Verfahren für die Zeit vor dem 31. Mai 2005 nicht mehr eingestellt werden könne und müsse. Daher schlägt Swisscom vor, Ziffer 1 des Dispositivs des Antrags wie folgt neu zu formulieren: "Die für Sachverhalte nach dem 31. Mai 2005 fortgeführte Untersuchung 32-0158 (...) wird vollumfänglich eingestellt."

13. Sunrise und Orange stellten in ihren Stellungnahmen keine Anträge.

B Erwägungen

B.1 Zuständigkeit der Wettbewerbskommission

14. Gemäss Art. 18 Abs. 3 KG trifft die WEKO die Verfügungen und erlässt die Entscheide, die nicht ausdrücklich einer anderen Behörde vorbehalten sind. Diese Bestimmung hält in erster Linie eine unmittelbare Verfügungskompetenz der WEKO fest und nimmt eine Kompetenzabgrenzung vor allem gegenüber dem Sekretariat vor.¹⁰ Das Sekretariat ist zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums gemäss Art. 23 Abs. 1 KG für den Erlass der notwendigen verfahrensleitenden Verfügungen zuständig.

15. Entscheide, welche ein Verfahren (vorbehaltlich der Weiterziehung an eine höhere Instanz) aus sachlichen oder prozessualen Gründen abschliessen, sind Endentscheide.¹¹ Zwischenentscheide, zu denen auch prozessleitende Entscheide gehören, schliessen das Verfahren nicht ab, sondern stellen nur einen Schritt auf dem Weg zum Endentscheid dar, gleichgültig ob sie eine Verfahrensfrage oder (vorausnehmend) eine Frage des materiellen Recht zum Gegenstand haben.

16. Im Rahmen einer Einstellungsverfügung wird grundsätzlich nach durchgeführter Untersuchung ein Verfahren gegen eine bestimmte Person im Rahmen eines endgültigen Entscheids abgeschlossen.¹² Daher stellt sie keine prozessleitende Verfügung dar. Für Entscheide über die zu treffenden Massnahmen oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung ist gemäss Art. 30 Abs. 1 KG i. V. m. Art. 18 Abs. 3 KG die WEKO alleine zuständig. Demzufolge ist die WEKO für den Erlass von Einstellungsverfügungen im Rahmen von Untersuchungen von Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Art. 27 ff. KG zuständig.

⁵ Urteil des BGer 2C.343/2010 und 2C.244/2010 vom 11. April 2011.

⁶ Urteil des BGer 2C.343/2010 und 2C.244/2010 vom 11. April 2011, Dispositiv Ziff. 2.

⁷ Urteil des BGer 2C.343/2010 und 2C.244/2010 vom 11. April 2011, Dispositiv Ziff. 3.

⁸ Stellungnahme Swisscom vom 22. November 2011, Stellungnahme Sunrise vom 22. November 2011, Stellungnahme Orange vom 22. November 2011.

⁹ Stellungnahme Swisscom vom 22. November 2011.

¹⁰ Vgl. SIMON BANGERTER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.) 2010, Art. 18 Rz 37.

¹¹ BGE 106 Ia 229, E. 3a

¹² MARKUS MÜLLER, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Auer/Müller/Schindler (Hrsg.) 2008, Art. 5 Rz 60.

B.2 Geltungsbereich

17. Das 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).

18. 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).

19. Swisscom, Sunrise und Orange bieten als Mobilfunknetzbetreiber verschiedene mobile Dienstleistungen an Geschäfts- und Privatkunden an. In diesem Sinne sind Swisscom, Orange und Sunrise als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG zu qualifizieren.

20. In sachlicher Hinsicht fallen in den Geltungsbereich des KG alle Formen privatwirtschaftlich veranlasster Wettbewerbsbeschränkungen.¹³ Dazu gehören unzulässige Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 KG sowie unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen im Sinne von Art. 7 KG. Wird eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG bejaht, so ist in sachlicher Hinsicht zu prüfen, ob eine unzulässige Ausübung von Marktmacht im Sinne von Art. 7 KG vorliegt. Falls eine marktbeherrschende Stellung verneint wird, ist die Prüfung der Ausübung von Marktmacht obsolet, da in diesem Fall kein kartellrechtsrelevantes Verhalten im Sinne von Art. 7 KG vorliegt. E contrario kann auf die Feststellung einer möglicherweise marktbeherrschenden Stellung verzichtet werden, wenn Art. 7 KG nicht zur Anwendung gelangt. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn weitere Tatbestandselemente von Art. 7 KG nicht erfüllt sind.

21. In räumlicher Hinsicht ist das Kartellgesetz auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland verursacht werden (sog. Auswirkungsprinzip; Art. 2 Abs. 2 KG). Da Swisscom, Sunrise und Orange in der Schweiz tätig sind und sich ihre Geschäftstätigkeit auf das Gebiet der Schweiz auswirkt, ist das Kartellgesetz auch in räumlicher Hinsicht anwendbar.

B.3 Vorbehaltene Vorschriften

22. 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).

23. Für den Telekommunikationsmarkt gelten die besonderen Regelungen des Fernmelderechts. Insbesondere das Interkonnectionsregime¹⁴ bildet eine besondere sektorielle Regelung, die zur übrigen preis- und wettbewerbsrechtlichen Ordnung hinzutritt und diese nicht aus-

schliesst.¹⁵ Mit der sektorspezifischen Regulierung im Fernmelderecht wollte der Gesetzgeber also gerade nicht den Wettbewerb für diesen Bereich ausschliessen, sondern fördern. Nach Meinung des Gesetzgebers ist die Interkonnection Voraussetzung dafür, dass alle Teilnehmerinnen und Teilnehmer am Fernmeldeverkehr untereinander kommunizieren und dass überhaupt neue Anbieterinnen auftreten können.¹⁶ Durch die Interkonnection "kann sich ein funktionierender Wettbewerb überhaupt erst einstellen und können alle Teilnehmerinnen und Teilnehmer am Fernmeldeverkehr miteinander kommunizieren".¹⁷ Durch die Pflicht, die Wettbewerbskommission bei der Beurteilung der Marktbeherrschung im relevanten Marktsegment zu konsultieren, soll zudem sichergestellt werden, dass die Anwendung dieser Bestimmung im Einklang mit dem Wettbewerbsrecht erfolgt.¹⁸ Die Interkonnection soll daher den Wettbewerb im Bereich der Fernmeldedienste stärken und diesen nicht ausschliessen. Die kartell- und fernmelderechtlichen Bestimmungen und Verfahren gelangen daher nebeneinander zur Anwendung. Kartell- und Fernmelderecht beeinflussen sich zwar gegenseitig, allerdings stellt das Interkonnectionsregime des Fernmelderechts keine vorbehaltene Vorschrift im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG dar.

24. Der vorliegend zu beurteilende Sachverhalt weist weder einen Zusammenhang zur Gesetzgebung über das geistige Eigentum auf noch steht er im Zusammenhang mit Einfuhrbeschränkungen, die sich auf Rechte des geistigen Eigentums stützen. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 2 KG wird von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

25. Folglich bestehen keine vorbehaltenen Vorschriften, welche die Anwendung des Kartellgesetzes für die vorliegend gemeldeten Wettbewerbsbeschränkungen einschränken würden. Das Kartellgesetz ist daher auf den untersuchten Sachverhalt anwendbar.

B.4 Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen

26. 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.

27. Dieser Grundtatbestand wird durch die Einzelatbestände von Art. 7 Abs. 2 KG konkretisiert, wobei Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG die Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen vorsieht.

¹³ Botschaft vom 23.11.1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Botschaft 1994), BBl 1995 I 468 ff., 534.

¹⁴ Art. 11 Abs. 1 Bst. d des Fernmeldegesetzes vom 39. April 1997 (FMG, SR 784.10).

¹⁵ Urteile des BGer 2C.343/2010 und 2C.344/2010 vom 11.04.2011, E. 3.4.

¹⁶ Botschaft vom 10. Juni 1996 zum revidierten Fernmeldegesetz BBl 1996 III 1405 ff., 1425.

¹⁷ Botschaft vom 10. Juni 1996 zum revidierten Fernmeldegesetz BBl 1996 III 1405 ff., 1427.

¹⁸ Botschaft vom 10. Juni 1996 zum revidierten Fernmeldegesetz BBl 1996 III 1405 ff., 1427.

28. Damit eine unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 7 KG also vorliegt, muss 1. eine marktbeherrschende Stellung eines Unternehmens vorliegen, 2. das marktbeherrschende Unternehmen muss seine Stellung missbrauchen und 3. muss eine Behinderung anderer Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs oder eine Benachteiligung der Marktgegenseite vorliegen.¹⁹

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

30. Dabei ist zu beachten, dass das Kartellrecht eine marktbeherrschende Stellung nicht verbietet und eine solche für sich allein nicht missbräuchlich ist.²⁰ Vielmehr muss zur Marktbeherrschung als qualifizierendes Element eine unzulässige Verhaltensweise hinzutreten.²¹ Im Hinblick auf den Einzelatbestand von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG, der die Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen zum Gegenstand hat, bildet das Verhaltenselement des Aufzwingens das qualifizierende Element, welches zur Marktbeherrschung hinzutritt. Folglich kommt gemäss Bundesgericht dem Element der Erzwingung in Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG eine eigenständige Bedeutung zu.²² Daher muss für das Vorliegen eines Missbrauchs im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG auf die Marktgegenseite ökonomischer Druck ausgeübt werden, der sich auf die Marktbeherrschung stützt und welchem die Marktgegenseite nichts entgegenzusetzen hat bzw. welchem sie nicht ausweichen kann.²³

B.4.1 Missbrauch einer einzelmarktbeherrschenden Stellung

31. Aufgrund des Interkonnectionsregimes von Art. 11 Abs. 1 Bst. d FMG sind die Mobilfunknetzbetreiber zur Interkonnection verpflichtet. Sie dürfen also eine Geschäftsbeziehung zu den jeweils anderen Mobilfunknetzbetreibern und Festnetzbetreibern nicht verweigern. Damit ist ihr unternehmerischer Handlungsspielraum gesetzlich eingeschränkt, obwohl sie auf ihrem Mobilfunknetz als Anbieter von Terminierungsdienstleistungen über einen Marktanteil von 100 % verfügen.

32. Im Hinblick auf die Möglichkeiten der Preisgestaltung für Terminierungsdienstleistungen sind die jeweiligen Anbieter gleichzeitig Nachfrager der jeweils anderen Netzbetreiber. Daher hat die jeweilige Marktgegenseite grundsätzlich die Möglichkeit entsprechend disziplinierend auf den Anbieter von Terminierungsdienstleistungen einzuwirken. Dennoch gibt es ein gewisses Ungleichgewicht zwischen den verschiedenen Mobilfunkanbietern, da diese unterschiedliche Marktanteile haben. Diejenigen Mobilfunknetzbetreiber, welche aufgrund ihres Marktanteils mehr Terminierungsdienstleistungen bei den jeweils anderen Netzbetreibern nachfragen müssen, sind über alle drei Märkte²⁴ hinweg in einer etwas schwächeren Position als diejenigen Netzbetreiber, welche weniger Terminierungsdienstleistungen nachfragen.

33. Swisscom führt hierzu aus, es sei unzutreffend, dass es aufgrund der Marktanteile ein gewisses Ungleichgewicht zwischen den verschiedenen Mobilfunkanbietern gebe. Erstens stelle jedes Terminierungsnetz einen eigenen Markt dar, auf welchem die Marktanteile aller Mobilfunknetzbetreiber gleich gross – nämlich 100 % – seien. Zweitens sei empirisch belegt, dass die Gesprächsströme zwischen den Fernmeldeanbietern (nahezu) ausgeglichen seien und die Nachfrage sämtlicher Fernmeldeanbieter nach Terminierung gleich gross sei. Drittens könnten Grössenunterschiede, selbst wenn sie bestünden, angesichts der Reziprozitätsbeziehung im Rahmen der Verhandlung der Terminierungspreise gar nicht ausgespielt werden. Daher seien die vom Sekretariat in Rz 27 des Antrages vorgebrachten Überlegungen für die Begründung der Einstellung des Verfahrens ohnehin nicht relevant.

34. Wie nachfolgend aufgezeigt, ist aufgrund des gesetzlichen Interkonnectionsregimes ein mögliches Ungleichgewicht zwischen den Fernmeldedienstleistern für die Zwecke der vorliegenden Verfügung unerheblich.

35. Mit Art. 11a FMG besteht die Möglichkeit einer Interkonnectionsklage. Gemäss Art. 11a Abs. 1 FMG verfügt die Kommission die Bedingungen des Zugangs auf Gesuch einer Partei und auf Gesuch des BAKOM, wenn sich die Anbieterinnen von Fernmeldediensten nicht innerhalb von drei Monaten über die Bedingungen des Zugangs einigen. Gemäss Bundesgericht schliesst diese Rahmenordnung die einseitige Erzwingung der Geschäftsbedingungen der Marktgegenseite aus, weil dadurch eine Korrekturmöglichkeit geschaffen wird.²⁵

36. Die Frage eines Missbrauchs einer einzelmarktbeherrschenden Stellung gegenüber Fernmeldedienstleistern muss daher verneint werden. Auf der einen Seite kann ein Netzbetreiber aufgrund des Interkonnectionsregimes von Art. 11 Abs. 1 Bst. d FMG eine Interkonnection nicht verweigern. Auf der anderen Seite hat die Marktgegenseite, wenn sie mit den Zugangsbedingungen nicht einverstanden ist, die Möglichkeit eine Interkonnectionsklage gemäss Art. 11a Abs. 1 FMG anzustrengen. Unter diesen Umständen haben allenfalls

¹⁹ BSK KG-MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON (Fn. 10), Art. 7 Rz 17.

²⁰ Urteile des BGer 2C.343/2010 und 2C.344/2010 vom 11.04.2011, E. 4.3.4 mit Verweisen.

²¹ BGE 129 II 497, E. 6.5.1.

²² Urteile des BGer 2C.343/2010 und 2C.344/2010 vom 11.04.2011, E. 4.3.4.

²³ Urteile des BGer 2C.343/2010 und 2C.344/2010 vom 11.04.2011, E. 4.3.5.

²⁴ Durch In&Phone würde noch ein vierter Terminierungsmarkt in der Schweiz bestehen. Aufgrund der geringen Bedeutung von In&Phone im Mobilfunkgeschäft der Schweiz wird für die Zwecke des vorliegenden Verfahrens allerdings auf die Betrachtung von In&Phone verzichtet.

²⁵ Urteile des BGer 2C.343/2010 und 2C.344/2010 vom 11.04.2011, E. 5.4.

marktbeherrschende Unternehmen aufgrund des Interkonnectionsregimes keine Möglichkeit der Marktgegenseite unangemessene Preise bzw. Geschäftsbedingungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG aufzuzwingen. Vor dem Hintergrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind daher im Rahmen der Festsetzung der Terminierungsgebühren keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG ersichtlich.

37. Hierzu hält Swisscom fest, dass das Bundesgericht rechtskräftig festgestellt habe, dass die regulatorische Rahmenordnung die einseitige Erzwingung der Geschäftsbedingungen gegenüber der Marktgegenseite ausschliesse, weil durch sie eine Ausweichmöglichkeit geschaffen würde (Urteil des Bundesgerichts vom 11. April 2011, E. 5.4). Es halte sodann explizit fest (a.a.O., E. 5.6.2): "Selbst der Swisscom als damals grösste Anbieterin im Markt war es in diesem Sinne angesichts der Rechtsordnung nicht möglich, ihre Bedingungen der Konkurrenz einseitig aufzuzwingen." Damit habe das Bundesgericht im Kern nichts anderes festgehalten, als dass sich Swisscom hinsichtlich der Festsetzung der Terminierungsgebühren nicht in wesentlichem Umfang von ihren Nachfragern (d.h. den anderen Fernmelde-diensteanbietern) unabhängig verhalten könne. Sie könne den Preis der Terminierung nicht frei setzen. Aus diesem Grund dürfte bereits die marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG fehlen. Damit würde sich die Prüfung, ob eine missbräuchliche Verhaltensweise vorliege, wie sie in Rz 26 bis 30 des Antrags des Sekretariats der WEKO vorgenommen würde, zum Vornherein erübrigen.

38. Wie das Bundesgericht festgestellt hat, schliesst die regulatorische Rahmenordnung eine einseitige Erzwingung der Geschäftsbedingungen gegenüber der Marktgegenseite aus.²⁶ Aus diesem Grund kann die Frage, ob eine marktbeherrschende Stellung gemäss Art. 4 Abs. 2 KG vorliegt, offen gelassen werden, zumal gemäss Bundesgericht eine isolierte Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung im Entscheidungsdispositiv bei Fehlen eines schutzwürdigen Interesses bundesrechtswidrig wäre (vgl. Rz 20).²⁷

B.4.2 Missbrauch einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung

39. Aufgrund der Interkonnectionsverpflichtung von Art. 11 Abs. 1 Bst. d FMG sind die Mobilfunknetzbetreiber verpflichtet anderen Anbieterinnen und Anbietern von Fernmeldediensten auf transparente und nichtdiskriminierende Weise zu kostenorientierten Preisen Zugang zu gewähren. Sie sind zudem gemäss Art. 11a Abs. 1 FMG verpflichtet, sich mit Anbieterinnen von Fernmeldedienstleistungen über die Bedingungen des Zugangs zu einigen. Ansonsten verfügt die Kommission auf Gesuch einer Partei und auf Antrag des BAKOM im Rahmen einer so genannten Interkonnectionsklage die Zugangsbedingungen. Grundsätzlich kann jeder Fernmelde-diensteanbieter eine Interkonnectionsklage anstrengen.

40. Im Rahmen der Untersuchung eines Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Art. 7 KG kann gemäss Bundesgericht die Möglichkeit der Interkonnection bei der Beurteilung, ob ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung vorliegt, nicht unbe-

rücksichtigt bleiben.²⁸ Falls ein Nachfrager nach Terminierungsdienstleistungen mit dem Preisangebot für die Terminierung nicht einverstanden ist, kann sich dieser gemäss Art. 11a Abs. 1 FMG an die Kommunikationskommission wenden und die behördliche Festsetzung der Terminierungsbedingungen verlangen.

41. Hierdurch wird für die Marktgegenseite eine Korrekturmöglichkeit geschaffen. Durch die Drohung der Interkonnectionsklage können sich die Mobilfunknetzbetreiber grundsätzlich nicht gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG unzulässig verhalten. Selbst wenn eine Koordination zwischen den drei grossen Mobilfunknetzbetreibern Swisscom, Sunrise und Orange möglich ist, so haben sie deshalb aufgrund des Interkonnectionsverfahrens gemäss Art. 11a Abs. 1 FMG im Hinblick auf die Bedingungen des Zugangs keine Möglichkeiten von den anderen Marktteilnehmern unangemessene Preise zu erzwingen, da grundsätzlich jeder FDA, welcher eine Interkonnection nachfragt, ein solches Verfahren anstossen kann (vgl. auch Rz 36). Daher ist auch ein Missbrauch einer möglicherweise kollektiv marktbeherrschenden Stellung zum Nachteil anderer Fernmelde-diensteanbieter nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht möglich.

42. Swisscom führt hierzu aus, dass nach Ansicht der Wettbewerbskommission jedes Terminierungsnetz einen eigenen Markt darstelle, in dem jeder Anbieter über einen Marktanteil von 100 % verfüge und des daher in jedem Markt nur einen Anbieter gebe. Folgerichtig könne eine kollektive Marktbeherrschung gar nie vorliegen.

43. Ob eine kollektive Marktbeherrschung auf den Terminierungsmärkten bestehen kann oder besteht, kann für die Zwecke der vorliegenden Verfügung offen gelassen werden, da nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung aufgrund des Interkonnectionsregimes ausgeschlossen ist (vgl. Rz 35 f.).

B.5 Wettbewerbsabrede

44. Als Wettbewerbsabrede 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.

45. 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.

²⁶ Urteile des BGer 2C.343/2010 und 2C.344/2010 vom 11.04.2011, E. 5.4.

²⁷ Urteile des BGer 2C.343/2010 und 2C.344/2010 vom 11.04.2011, E. 6.5.

²⁸ Urteile des BGer 2C.343/2010 und 2C.344/2010 vom 11.04.2011, E. 5.4.

B.5.1 Interkonnektionsregime

46. Gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. d FMG sind marktbeherrschende Fernmeldedienstanbieter gesetzlich verpflichtet, auf transparente und nicht diskriminierende Weise zu kostenorientierten Preisen für die Interkonnektion Zugang zu ihren Einrichtungen und Diensten zu gewähren. In diesem Rahmen sind sie gemäss Art. 11a Abs. 1 FMG verpflichtet, sich über die Bedingungen des Zugangs zu einigen.

47. Aufgrund des Bestehens des Interkonnektionsverfahrens und der gesetzlichen Verpflichtung auf transparente und nicht diskriminierende Weise Zugang zu gewähren, kann neben den drei grossen Mobilfunknetzbetreibern (Swisscom, Sunrise und Orange) jeder Fernmeldedienstanbieter (VTX, Colt etc.) eine solche Klage anstossen. Damit also eine wirksame Wettbewerbsbeschränkung etabliert und aufrecht erhalten werden könnte, müsste eine abgestimmte Verhaltensweise oder eine rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarung zwischen sämtlichen Fernmeldedienstanbietern in der Schweiz, die als Marktteilnehmer auf den Terminierungsmärkten die Interkonnektion anbieten oder nachfragen, vorliegen.²⁹ Sobald nur ein einziger Fernmeldedienstanbieter mit den vereinbarten Interkonnektionsbedingungen nicht einverstanden ist, kann er ein Interkonnektionsverfahren anstossen, und eine mögliche den Wettbewerb beschränkende Preisabrede zwischen den drei grossen Mobilfunknetzbetreibern kann nicht aufrechterhalten werden. Bereits heute ist bei den Terminierungsgebühren eine gewisse Abstimmung der Verhaltensweisen aufgrund des Interkonnektionsregimes gesetzlich vorgeschrieben.

48. Nach Meinung des Bundesgerichts bietet "das Interkonnektionsverfahren selbst in komplexeren Fällen die Möglichkeit entsprechender prozessualer Massnahmen wie insbesondere einstweiligen Rechtsschutz [...] oder rückwirkende Anordnung von korrigierten Preisen inklusive Verzinsung derselben".³⁰ Zudem würde die Wirkungslosigkeit des Interkonnektionsverfahrens die fernmelderechtliche Gesetzesordnung mehr als in Frage stellen, wofür es keine zwingenden Anhaltspunkte gebe.³¹ Insbesondere habe der Gesetzgeber das ex-post-System beim Interkonnektionsregime bewusst geschaffen.³² Daher würde es sich verbieten, darin einen Mangel zu sehen, der "über eine extensive Auslegung des kartellrechtlichen Ausbeutungsmissbrauchs behoben wird, indem unabhängig von der Ausgestaltung der Rechtsverhältnisse und namentlich der rechtlichen Rahmenordnung bereits die Kausalität zwischen Marktbeherrschung und Unangemessenheit der Geschäftsbedingungen zwischen Konkurrentinnen für sich alleine als Erzwingung derselben zu gelten hätte. Eine solche Anpassung der Voraussetzungen könnte nur der Gesetzgeber selbst über eine Gesetzesrevision vornehmen".³³

49. Hierzu führt Swisscom aus, dass die Wettbewerbskommission den Vorwurf einer Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG bereits im Rahmen des ersten Teils des Verfahrens für Sachverhalte bis 31. Mai 2005 untersucht habe. Zu Recht habe sie aufgrund der Untersuchungsergebnisse bereits damals ein unzulässiges Verhalten ausgeschlossen. So haben diese Vorwürfe denn auch keinen expliziten Eingang mehr in die Sanktionsverfü-

gung gefunden. Implizit sei in der Sache jedoch mit den Einstellungsverfügungen gegenüber Sunrise und Orange bzw. der Nichterwähnung solcher Vorwürfe gegenüber Swisscom bereits rechtskräftig entschieden worden (vgl. auch Urteil des Bundesgerichts vom 11. April 2011, E. 5.6.5). Dass die Wettbewerbskommission eine Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG im ersten Teil des Verfahrens bereits ausgeschlossen habe, habe nichts mit der regulatorischen Rahmenordnung zu tun (zumal die Wettbewerbskommission noch vor dem Bundesgericht zu Unrecht geltend gemacht habe, diese beschränke die Handlungsspielräume nicht). Der Grund für diesen Entscheid der Wettbewerbskommission habe vielmehr darin gelegen, dass es keinerlei Anhaltspunkte für eine kartellrechtlich problematische Abrede gegeben habe. Dies habe sich in der Zwischenzeit nicht geändert.

50. Damit im Rahmen des Interkonnektionsregimes die Interkonnektionsvereinbarungen als unzulässige Wettbewerbsabreden zu qualifizieren wären, müssten sämtliche Fernmeldedienstanbieter der Schweiz (insgesamt bis zu 70 Fernmeldedienstanbieter) an der Abrede beteiligt sein (vgl. Rz 47), wofür nach derzeitigem Kenntnisstand keine Anhaltspunkte bestehen. Mit der Verfügung vom 5. Februar 2007 wurde der damals untersuchte Sachverhalt im Hinblick auf eine marktbeherrschende Stellung von Swisscom untersucht. Das Bundesgericht hat im Rahmen eines Verwaltungsverfahren die Verfügung der Wettbewerbskommission in weiten Teilen aufgehoben. Durch die Aufhebung der Dispositiv-Ziffern 1, 2, 3 und 6a wird daher ein Zustand geschaffen, als ob im Rahmen der Untersuchung keine Verfügung ergangen wäre. Für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung ist dies allerdings unerheblich, da das Verfahren ohnehin eingestellt wird.

B.6 Ergebnis

51. Aufgrund des Interkonnektionsregimes und der Möglichkeit für die Fernmeldedienstanbieter ein Verfahren vor der Kommunikationskommission anzustossen, scheint ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gemäss Art. 7 KG durch die drei grossen Mobilfunknetzbetreiber Swisscom, Sunrise und Orange nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ausgeschlossen. Damit ist im Bereich Terminierung Mobilfunk nach derzeitigem Kenntnisstand kein tatbestandsmässiges Verhalten gemäss Art. 7 KG von Swisscom, Sunrise und Orange gegeben.

²⁹ Urteile des BGer 2C.343/2010 und 2C.344/2010 vom 11.04.2011, E. 5.6.3.

³⁰ Urteile des BGer 2C.343/2010 und 2C.344/2010 vom 11.04.2011, E. 5.4.

³¹ Urteile des BGer 2C.343/2010 und 2C.344/2010 vom 11.04.2011, E. 5.4.

³² Urteile des BGer 2C.343/2010 und 2C.344/2010 vom 11.04.2011, E. 5.6.4.

³³ Urteile des BGer 2C.343/2010 und 2C.344/2010 vom 11.04.2011, E. 5.6.4.

52. Ebenfalls scheinen mit Blick auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung aufgrund des Interkonnectionsregimes nach derzeitigem Kenntnisstand bei den Terminierungsgebühren keine Anhaltspunkte für abgestimmte Verhaltensweisen oder Abreden zu bestehen, welche eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG oder Art. 5 Abs. 3 KG darstellen würde.

53. Die Untersuchung gegen Swisscom, Sunrise und Orange in Sachen Mobilfunkterminierung ist daher einzustellen.

54. Im Hinblick auf die eingangs von Swisscom geforderte Anpassung der vorgeschlagenen Dispositiv Ziffer 1 (vgl. Rz 12), muss festgehalten werden, dass durch die Aufhebung der Dispositiv-Ziffern 1, 2, 3 und 6a ein Zustand geschaffen wurde, als ob im Rahmen der Untersuchung für diese Sachverhaltselemente keine Verfügung ergangen wäre (vgl. Rz 50). Ebenso kann nach Meinung der WEKO ohne formellen Einstellungsbeschluss nicht implizit davon ausgegangen werden, dass die Untersuchung eingestellt wurde, solange weitere Untersuchungshandlungen stattfinden. Für die Zwecke des vorliegenden Verfahrens ist dies allerdings unerheblich, da das Verfahren eingestellt wird.

C Kosten

55. Nach Art. 2 Abs. 1 Gebührenverordnung KG³⁴ ist gebührenpflichtig, wer das Verwaltungsverfahren verursacht hat.

56. Im Untersuchungsverfahren nach Art. 27 ff. KG besteht eine Gebührenpflicht, wenn aufgrund der Sachverhaltsfeststellung eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt oder wenn sich die Parteien unterziehen. Als Unterziehung gilt auch, wenn ein oder mehrere Unternehmen, welche aufgrund ihres möglicherweise wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens ein Verfahren ausgelöst haben, das beanstandete Verhalten aufgeben und das Verfahren als gegenstandslos eingestellt wurde.³⁵

57. Demgegenüber entfällt die Gebührenpflicht für Unternehmen, die ein Verfahren verursacht haben, sich die zu Beginn vorliegenden Anhaltspunkte jedoch nicht erhärten und das Verfahren aus diesem Grund eingestellt wird (Art. 3 Abs. 2 Bst. c KG).

58. Demnach werden den Verfügungsadressaten keine Gebühren auferlegt.

D Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Die Untersuchung 32-0158 gemäss Art. 27 KG betreffend Terminierung Mobilfunk wegen unzulässiger Verhaltensweise gemäss Art. 5 KG und Art. 7 KG gegen Swisscom (Schweiz) AG, Sunrise Communications AG und Orange Communications AG wird eingestellt.
2. Den Parteien werden keine Kosten auferlegt.
3. Die Verfügung ist zu eröffnen an:
 - Swisscom (Schweiz) AG
 - Sunrise Communications AG

- Orange Communications SA
[Rechtsmittelbelehrung]

³⁴ Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

³⁵ Entscheid des Bundesgerichts i.S. BKW FMB Energie AG, RPW 2002/3, S. 546 f. Rz 6.1; Art. 3 Abs. 2 Bst. b und c GebV-KG e contrario.

B 2.2

2. ASCOPA

Verfügung vom 31. Oktober 2011 in Sachen Untersuchung gemäss Art. 27 KG betreffend ASCOPA wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 1 KG gegen

1. Association des fabricants, importateurs et fournisseurs de produits de cosmétique et de la parfumerie, ASCOPA, Genf;
2. Beauté Prestige SA, Zürich;
3. Bergerat SA, Genf;
4. Bulgari Parfums SA, Neuchâtel;
5. Chanel SA, Genf;
6. Clarins SA, Plan-les-Ouates;
7. Coty (Schweiz) AG, Hünenberg;
8. D.P. Diffusion Parfums Limited, Chiasso;
9. Deurocos Cosmetic AG, Adliswil;
10. Dicopar SA, Münchenstein;
11. Doyat Diffusion SA, Saint-Blaise;
12. Elizabeth Arden, Zug;
13. Estée Lauder GmbH, Zürich;
14. HJD Distribution, 1204 Genf;
15. Kanebo Cosmetics, 8024 Zürich;
16. La Prairie Group/Juvena Volketswil; 8027 Zürich;
17. Laboratoires Biologiques Arval S.A., 1964 Conthey;
18. L'Oréal Produits de Luxe SA, 1211 Genève;
19. Parfums Christian Dior AG, Zürich;
20. Parfums de Luxe Ltd., Wallisellen;
21. Parlux Diffusion, Rolle;
22. PC Parfums Cosmétiques SA, Zürich;
23. P&G Prestige Products AG, Schlieren;
24. Procosa SA, 1219 Vernier;
25. Puig (Suisse) SA, Baden;
26. Richemont Suisse SA, Genf;
27. Sisley SA, Bachenbülach;
28. Star Cos Sàrl, 2504 Bienne;
29. Tanner SA, Cham;
30. Tschanz Distribution SA, Genf;
31. Shiseido (ehemalige Wodma 41 SA), Genf;
32. YSL Beauté Suisse SA, Plan-les-Ouates.

Inhaltsverzeichnis**Inhaltsverzeichnis 4****A Sachverhalt 9**

A.1	Einleitung	531
A.1.1	Die Adressaten	531
A.1.2	Untersuchungsgegenstand	532
A.2	Die ASCOPA	532
A.2.1	Allgemeine Informationen zum Verband	532
A.2.2	Die Generalversammlung	532
A.2.3	Das Komitee	533
A.2.4	Das Sekretariat	533
A.3	Die Verhaltensweisen im Einzelnen	536
A.3.1	Vorbemerkung	536
A.3.2	Austausch von Preisinformationen	536
A.3.2.1	Vergleichslisten der Bruttoverkaufspreise	536
A.3.2.2	Umfrage über Grosshandelspreise	537
A.3.2.3	Zusendung von Preislisten und Wiederverkaufspreisempfehlungen	537
(i)	Zusendung von Bruttopreislisten	537
(ii)	Versand von Preislisten mit Wiederverkaufsempfehlungen	538
(iii)	Die Preislisten waren nicht öffentlich zugänglich	538
A.3.2.4	Zwischenfazit zum Preislisten austausch	538
	<i>Zusammenfassung der Fakten</i>	538
	<i>Parteivorbringen anlässlich der zweiten Stellungnahme und Würdigung</i>	539
A.3.2.5	Befürchtungen der Preisabwertung	540
(i)	Beschreibung der Vorgänge und deren Würdigung	540
	<i>Discountpreise</i>	540
	<i>Parallele Sonderaktionen</i>	541
	<i>Verkaufsförderungsaktionen</i>	541
	<i>Erosion der Preise</i>	541
	<i>Parallelimporte</i>	541
(ii)	Parteivorbringen und deren Würdigung	542
	<i>Parteivorbringen im Rahmen der ersten Stellungnahme</i>	542
	<i>Parteivorbringen im Rahmen der zweiten Stellungnahme</i>	543
A.3.2.6	Nutzen des Austausches von Bruttoverkaufspreisen und unverbindliche Wiederverkaufspreisempfehlungen	543
(i)	Heranziehen von Vergleichsprodukten bei der Preisfestsetzung	543
	<i>Vorbringen der Parteien</i>	543
	<i>Zur Vergleichbarkeit</i>	543
	<i>Zur Preisfestsetzung</i>	544
	<i>Zu den übrigen Vorbringen</i>	545
(ii)	Einschätzung der Händlermargen und Rückschluss auf Rabattkonditionen	545
(iii)	Abschätzung der Endverkaufspreise und Berechnung Sell-in-Preis	546
(iv)	Fazit	546
A.3.3	Austausch von Umsatzinformationen	546

A.3.3.1	Monatlich ausgetauschte Bruttoumsatzzahlen	547	(i)	Vorbemerkung	579
A.3.3.2	Vierteljährlich ausgetauscht Umsatzzahlen	550	(ii)	Verletzung des rechtlichen Gehörs	579
A.3.3.3	Jährlich ausgetauschte Umsatzzahlen	551	(iii)	Unangemessener Verfahrensaufwand	581
A.3.3.4	Disziplinierungsmassnahmen zur Einhaltung des Umtausches	552	B	Erwägungen	582
A.3.3.5	Nutzen des Umtausches von Bruttoumsatzzahlen	552	B.1	Einleitung	582
(i)	Berechnung der Marktanteile und des Produkt-Erfolgs	553	B.2	Geltungsbereich	582
	<i>Vorbringen der Parteien</i>	553	B.3	Vorbehaltene Vorschriften	583
	<i>Zur Berechnung der Marktanteile</i>	553	B.4	Unzulässige Wettbewerbsabrede	583
(ii)	Überwachung der Marktanteilsentwicklungen und Verhaltensanpassung	555	B.4.1	Ablauf der Zulässigkeitsprüfung	583
(iii)	Parteiinwände	555	B.4.2	Informationsaustausch als Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG	583
	<i>Genauigkeit der Umsatzdaten</i>	555	B.4.2.1	Vereinbarung zwischen Unternehmen gleicher Marktstufen	583
	<i>Alternative Bezugsquellen von Marktanteilsdaten</i>	556	B.4.2.2	Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung	583
a)	European Forecast	556	B.4.2.3	Vorbringen der Parteien	585
b)	AC Nielsen	556	B.4.3	Informationsaustausch als Abrede im Sinne von Art. 5 KG	586
c)	Händler	557	B.4.3.1	Vorbemerkung	586
(iv)	Fazit	557	B.4.3.2	Keine Anwendung von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG	586
A.3.4	Austausch von Informationen über Werbeinvestitionen	557		<i>Praxis der Schweizer Wettbewerbsbehörden</i>	586
A.3.4.1	Gegenstand des Umtausches	557		<i>EU-Praxis</i>	587
A.3.4.2	Nutzen des Umtausches von Bruttowerbeinvestitionen	561		<i>Standpunkte in der Lehre</i>	588
(i)	Einbeziehung in die Kostenanalyse	561		<i>Konklusion</i>	588
	<i>Parteivorbringen</i>	561	B.4.3.3	Informationsaustausch als Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG	589
	<i>Würdigung der Parteivorbringen</i>	562	B.4.4	Erhebliche Beeinträchtigung des wirklichen Wettbewerbs	590
	<i>Zwischenfazit</i>	563	B.4.4.1	Sachlich relevanter Markt	590
(ii)	Berechnung des Share of voice	563	(i)	Kosmetik- und Parfümerieprodukte	590
(iii)	Alternative Bezugsquellen	564	(ii)	Marktabgrenzung und Parteivorbringen	590
(iv)	Weitere Parteivorbringen	564		<i>EU-Praxis und diesbezügliche Parteivorbringen</i>	590
(v)	Fazit	565		<i>Ausgangslage in der Schweiz</i>	591
A.3.5	Empfehlung zu allgemeinen Geschäftsbedingungen	565		<i>Unterteilung in ein Prestige- bzw. Luxussegment und ein Massmarketsegment</i>	594
A.3.5.1	Gegenstand des Umtausches	565		<i>Die Unterscheidungskriterien für Massmarket- und Prestige- bzw. Luxusmarkt</i>	595
A.3.5.2	Wille den Wettbewerb bezüglich der AGB einzuschränken	566	-	Distribution	596
A.3.5.3	Nutzen des Umtausches und der Anpassung der allgemeinen Geschäftsbedingungen	567	-	Marke und Image	597
A.3.6	Zusammenfassende Betrachtung des Nutzens des Informationsaustausches	567	-	Zum Preis	598
A.3.7	Parteivorbringen zum Informationsaustausch insgesamt	567	(iii)	Fazit	598
A.4	Verfahren	569	(iv)	Parteivorbringen zur Marktabgrenzung im Rahmen der zweiten Stellungnahme	598
A.4.1	Ablauf	569	B.4.4.2	Räumlich relevanter Markt	600
A.4.2	Verfahrensrechtliche Vorbringen der Parteien	571	B.4.4.3	Ökonometrische Untersuchung der Wettbewerbsabrede	600
A.4.2.1	Verfahrensrechtliche Vorbringen erste Stellungnahme	571	(i)	Einfluss der Bruttopreiserhöhungen auf die Nettopreise	600
(i)	Verletzung des rechtlichen Gehörs und des Untersuchungsgrundsatzes	571		<i>Parteivorbringen</i>	600
(ii)	Pressemitteilung und Befangenheit der Wettbewerbskommission	573		<i>Untersuchungsergebnisse</i>	600
(iii)	Selbstanzeige sowie Verstoss gegen Treu und Glauben	573	(ii)	Auswirkungen des Informationsaustausches auf die Preisentwicklungen	603
(iv)	Institutionelle Ausgestaltung	578		<i>Produktauswahl</i>	604
(v)	Verhalten der Selbstanzeiger	578		<i>Berechnung der Indizes</i>	604
A.4.2.2	Verfahrensrechtliche Vorbringen zweite Stellungnahme	579		<i>Ergebnisse Parfüms</i>	604
				<i>Ergebnisse Pflegeprodukte</i>	607
				<i>Ergebnisse Make-up</i>	609
				<i>Parteivorbringen in der ersten Stellungnahme und deren Würdigung</i>	611
				<i>Parteivorbringen in der zweiten Stellungnahme und deren Würdigung</i>	612
				- <i>Kausalität</i>	612

-	<i>LIK</i>	613	Anhang II	649
-	<i>Brutto-Nettopreise</i>	616	Anhang III	649
-	<i>Verwendete Daten</i>	617	Anhang IIIa	649
-	<i>Andere</i>	618	Anhang IV	649
B.4.4.4	Rechtsvergleichende Betrachtung der Erheblichkeit	618	Anhang V	649
(i)	EU	618	Anhang VI	650
(ii)	Deutschland	619	Anhang VII	650
(iii)	Frankreich	619		
(iv)	Fazit dieser Rechtsvergleichung	620	A Sachverhalt	
B.4.4.5	Qualitative Kriterien	620	A.1 Einleitung	
	<i>Darstellung des Sekretariats</i>	620	A.1.1 Die Adressaten	
	<i>Parteivorbringen</i>	621	1. Die Adressaten der Untersuchung sind folgende Unternehmen:	
B.4.4.6	Quantitative Kriterien	621	- Beauté Prestige SA, Zürich;	
B.4.4.6.1	Aussenwettbewerb	621	- Bergerat SA, Genf;	
(i)	Aktueller Wettbewerb	622	- Bulgari Parfums SA, Neuchâtel;	
	<i>Marktteilnehmer</i>	622	- Chanel SA, Genf;	
	<i>Parteivorbringen zu den Marktteilnehmern</i>	624	- Clarins SA, Plan-les-Ouates;	
	<i>Entwicklungen der Marktgrösse und Marktanteile</i>	625	- Coty (Schweiz) AG, Hünenberg;	
-	<i>Darstellung des Sekretariats</i>	625	- D.P. Diffusion Parfums Limited, Chiasso;	
-	<i>Vorbringen der Parteien</i>	628	- Deurocos Cosmetic AG, Adliswil;	
-	<i>Würdigung der Parteivorbringen</i>	629	- Dicopar SA, Münchenstein;	
(ii)	Potenzieller Wettbewerb	632	- Doyat Diffusion SA, Saint-Blaise;	
(iii)	Stellung der Marktgegenseite	632	- Elizabeth Arden, Zug;	
	<i>Vorbringen der Parteien</i>	632	- Estée Lauder GmbH, Zürich;	
	<i>Würdigung der Nachfragemacht</i>	633	- HJD Distribution, Genf;	
(iv)	Zwischenergebnis: Kein wirksamer Aussenwettbewerb	636	- Kanebo Cosmetics, Glattbrugg;	
B.4.4.6.2	Innenwettbewerb	636	- La Prairie Group (inkl. Juvena), Volketswil;	
(i)	Parfüm	636	- Laboratoires Biologiques Arval S.A., Conthey;	
(ii)	Make-up	637	- L'Oréal Produits de Luxe SA, Renens;	
(iii)	Pflege	638	- Parfums Christian Dior AG;	
(iv)	Zwischenergebnis: Kein wirksamer Innenwettbewerb	639	- Parfums de Luxe Ltd., Wallisellen;	
(v)	Parteivorbringen im Rahmen der zweiten Stellungnahme	639	- Parlux Diffusion, Rolle;	
B.4.4.6.3	Quantitative Kriterien der Erheblichkeit der Abrede liegen vor	640	- PC Parfums Cosmétiques SA, Zürich;	
B.4.4.7	Fazit: Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs	640	- P&G Prestige Products AG, Schlieren;	
B.4.5	Keine Rechtfertigung durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz	640	- Procosa SA, Vernier;	
B.4.5.1	Die gesetzlich festgelegte Effizienzprüfung	640	- Puig (Suisse) SA, Baden,	
B.4.5.2	Vorbringen der Parteien	640	- Richemont Suisse SA, Genf;	
	<i>Im Rahmen der ersten Stellungnahme</i>	640	- Sisley SA, Bachenbülach;	
	<i>Im Rahmen der zweiten Stellungnahme</i>	641	- Star Cos Sàrl, Bienne;	
B.4.5.3	Prüfung der Tatbestandsmerkmale	641	- Tanner SA, Cham;	
(i)	Kein Vorliegen eines Effizienzgrundes	641	- Tschanz Distribution SA, Genf;	
	<i>Herstellungs- oder Vertriebskosten</i>	641	- Wodma 41 SA, Genf;	
	<i>Produkte oder Produktionsverfahren verbessern</i>	642	- YSL Beauté Suisse SA, Plan-les-Ouates.	
	<i>Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen fördern</i>	642		
	<i>Ressourcen rationeller nutzen</i>	642		
(ii)	Abrede ist nicht gerechtfertigt	642		
B.4.6	Schlussfazit: Die Abrede ist unzulässig	643		
C	Kosten	643		
D	Dispositiv	644		
E	Anhänge	646		
Anhang I		646	2. Im Übrigen richtet sich die Untersuchung gegen den Verband der Hersteller, Importeure und Lieferanten von Kosmetik- und Parfümerieprodukten (ASCOPA), Genf.	

Sämtliche genannten Unternehmen sind oder waren Mitglieder dieses Berufsverbandes.

A.1.2 Untersuchungsgegenstand

3. ASCOPA organisierte zwischen den Mitgliedern einen Austausch von Preisinformationen (A.3.2). Die Parteien tauschten vor allem Bruttoverkaufspreislisten aus, welche teilweise unverbindliche Wiederverkaufspreise enthielten. Ferner wurden Bruttoumsatzzahlen (A.3.3) sowie Bruttowerbeinvestitionen (A.3.4) ausgetauscht. Schliesslich beschloss der Verband allgemeine Geschäftsbedingungen, welche die Mitglieder als Vorlage für die eigenen Geschäftsbedingungen verwenden konnten (A.3.5).

4. Mit der vorliegenden Untersuchung soll abgeklärt werden, ob der Austausch marktsensibler Daten zwischen den Mitgliedern des Verbandes der Luxus-Kosmetik- und Parfümeriebranche sowie die übrigen genannten Verhaltensweisen eine Abrede im Sinne des Art. 5 Abs. 3 oder Art. 5 Abs. 1 KG darstellt.

5. Gemäss Angaben des Schweizerischen Kosmetik- und Waschmittelverbandes (SKW) betrug der Gesamtumsatz an Kosmetik- und Parfümerieprodukten 2008 in der Schweiz 2,43 Mrd. CHF.¹

A.2 Die ASCOPA

A.2.1 Allgemeine Informationen zum Verband

6. Der Schweizerische Berufsverband der Hersteller, Importeure und Lieferanten von Kosmetik- und Parfümerieprodukten (ASCOPA) existiert seit 1951. Er umfasst rund 30 Mitglieder, wobei der Bestand über die Jahre kleineren Schwankungen unterworfen war.² Dieser Umstand ist vor allem auf die Auflösung oder den Zusammenschluss verschiedener Unternehmen zurückzuführen.

7. Die Organe der ASCOPA sind deren Generalversammlung (vgl. Rz 9 ff.), das aus einer kleineren Anzahl Mitgliedern bestehende Komitee (vgl. Rz 13 ff.), welches als Exekutivorgan agiert und eine Revisionsstelle, welche die Rechnungsprüfung des Verbands übernimmt.³

8. Wie sich aus verschiedenen Aufstellungen des Verbandes aus den Jahren 1993, 1994/1995, 1997/1998, 1998/1999, 1999/2000, 2000/2001 über die Hauptaktivitäten von ASCOPA ergibt und wie unter Punkt A.4 näher dargestellt wird, spielte die Durchführung von Umfragen- *enquêtes* – ein zentrale Rolle.⁴

A.2.2 Die Generalversammlung

9. Gemäss den Statuten ist die Generalversammlung das oberste Organ des Verbands, welches durch das Komitee mindestens einmal jährlich einberufen wird, während des ersten Semesters jedes Jahres.⁵ Die Generalversammlung fand entsprechend jedes Jahr im Mai oder Juni statt. Der Austragungsort war alternierend Genf oder Zürich.⁶

10. Art. 13 der Verbandsstatuten⁷ erteilt der Generalversammlung die folgenden Kompetenzen:

- a) Genehmigung der Jahresrechnung, des Berichts des Präsidenten, des Buchführers und der Revisors;

- b) Entlastung des Komitees und der Revisoren;
- c) Wahl des Präsidenten und des Komitees;
- d) Festlegung der Eintrittszahlungen, der jährlichen Beiträge und ausserordentlicher Beiträge;
- e) Ausschluss von Mitgliedern;
- f) Prüfung von Rekursen bezüglich der Aufnahme von Mitgliedern;
- g) Revision der Statuten und Auflösung des Verbandes;
- h) Entscheide über sämtliche Angelegenheiten die der GV vorgelegt werden können und die auf der Tagesordnung stehen.

An der GV wurde unter dem Traktandum "*Point de la situation sur les différentes enquêtes*" mindestens zwischen 1997 und 2008 der Austausch der Informationen jeweils ausführlich besprochen.⁸

11. Die Entscheide der Generalversammlung werden durch die Mehrheit der anwesenden Mitglieder getroffen. Mitglieder, die der GV einen Vorschlag unterbreiten möchten, haben diesen mindestens sieben Tage im Voraus schriftlich an das Komitee zu richten.⁹

12. Abbildung 1 zeigt auf, an welchen Generalversammlungen zwischen 1997-2008 die ASCOPA Mitglieder teilgenommen haben:

¹ Vgl. <http://www.skw-cds.ch/Zahlen-Fakten.183.0.html>.

² Anzahl Mitglieder: Oktober 2003: 34, Oktober 2004: 33, Januar 2007: 29, September 2008: 28.

³ Act. 43, Dokument 3, Art. 18.

⁴ Act. 2, Beilagen A1, A2, A3, A6, A8, A 15.

⁵ Act. 43, Dokument 3, Art. 11.

⁶ Act. 2, Beilage A4, A5, A7, A13, A18, A20; Act. 85.

⁷ Act. 43, Dokument 3.




⁸ Act. 2, Beilage A4, 6; Act. 2, Beilage A5, 5; Act. 2, Beilage A7, 5; Act. 2, Beilage A13, 4; Act. 2, Beilage A18, 6; Act. 2, Beilage A20, 6 f.; Act. 85 PV 1/2003, 8 f.; Act. 85 PV 2/2003, 3 f.; Act. 85 PV 1/2004, 5-7; Act. 85 PV 1/2005, 7; Act. 85 PV 1/2006, 7; Act. 85 PV 1/2007, 10 f.; Act. 85 PV 1/2008, 2, 10.

⁹ Act. 43, Dokument 3, Art. 12, Art. 14.

Abbildung 1:

	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	(a.o.)	2004	2005	2006	2007	2008
Beauté Prestige													
Bergerat													
Bulgari													
Chanel													
Clarins													
Coty													
Lancaster													
D.P. Diffusion Parfums													
Deurocos													
Dicopar													
Doyat Diffusion													
Elizabeth Arden													
Estée Lauder													
HJD Distribution													
Juvena													
Kanebo Cosmetics													
La Prairie Group													
Arval													
L'Oréal													
Dior													
Parfums de Luxe													
Parlux Diffusion													
PC Parfums													
P&G (Prestige Beauté 2001)													
Cosmopolitan Cosmetics (ab 2005 P&G)													
Procosa													
Puig													
Richemont (Cartier bis 2002)													
Sisley													
Star Cos													
Tanner													
Tschanz													
Wodma 41													
YSL Beauté													

Legende:

	An- we- send
	Entschuldigt Ab- we- send
	Ab- we- send

Quelle: Act. 2, Act. 85

A.2.3 Das Komitee

13. Das Komitee besteht laut Verbandsstatuten aus einem Präsidium, einem Vizepräsidium, einer Buchführung, einem/-er SekretärIn und mindestens einem zusätzlichen Mitglied. Das Komitee wie auch der Verband wird jeweils von einem Geschäftsleiter eines der ASCOPA-Mitglieder präsiert. Seit 2002 ist dies [...]. Der Präsident beruft das Komitee ein und zwar so viele Male wie es die Verbandsgeschäfte erfordern.¹⁰

14. Gemäss Verbandsstatuten ist das Komitee das Exekutivorgan der ASCOPA.¹¹ Es bestand zwischen 2004 bis 2008 aus acht bis elf Mitgliedern, wovon acht zu den grössten Marktteilnehmern zählen. Das Komitee hatte die folgenden Aufgaben¹²:

¹⁰ Act. 43, Dokument 3, Art. 17.

¹¹ Act. 43, Dokument 3, 4.

¹² Act. 43, Dokument 3, Art. 16.

- a) die Geschäfte des Verbandes führen und diesen vor Dritten und der Justiz vertreten;
- b) über Aufnahmegesuche befinden;
- c) über die Ausführung der GV-Entscheidungen wachen und sämtliche Vorhaben zur Erfüllung des Vereinszwecks umsetzen;
- d) Generalversammlungen einberufen und eine Tagesordnung in Übereinstimmung mit den Statuten aufstellen;
- e) der GV den jährlichen Geschäftsbericht vorstellen und ihr die Rechnungen vorlegen, welche von der Revisionsstelle geprüft wurde.

15. Das Komitee entschied mit der Mehrheit der anwesenden Mitglieder, bei Stimmgleichheit gab der Präsident den Stichentscheid.¹³ Die Sitzungen des Komitees standen nicht jedem ASCOPA-Mitglied offen. Die behandelten Traktanden waren grundsätzlich geheim, weshalb die übrigen Mitglieder auch keinen Einblick in die Protokolle der Komitee-Sitzungen erhielten.¹⁴ Der genaue Inhalt der Besprechungen wird weiter unten auszugsweise erläutert (vgl. 58 ff.). Seit 2006 wurde den Mitgliedern ein Resümee der Sitzungsprotokolle zur

Verfügung gestellt. Daraus waren lediglich die getroffenen Beschlüsse ersichtlich, nicht jedoch die Hintergrunddiskussionen.¹⁵ Der Informationsaustausch spielte bei den Komitee-Sitzungen eine zentrale Rolle und war stetiges Traktandum.¹⁶

16. Am 4. Dezember 2003 stellte der Präsident im Rahmen einer Sitzung fest, dass das damals neun Mitglieder zählende Komitee 70 % des von allen ASCOPA-Mitgliedern erzielten Umsatzes auf sich vereinigte. Dieser Umstand verlieh dem Komitee eine Entscheid- und Ideen-Stärke sowie einen gewissen Einfluss auf den Markt. Um diese Repräsentativität noch zu steigern, sollten noch neue Mitglieder im Komitee aufgenommen werden. So meinte die Verbandsleitung, wenn man zwei bis drei neue Mitglieder dazugewinnen könne, nähme dadurch die Repräsentativität des Komitees mit gegen 80 % der erzielten Umsätze zusätzlich zu.¹⁷ In der Folge wurden zwei weitere Mitglieder ins Komitee aufgenommen. Das Komitee vereinigte in der Folge in den Jahren 2004 bis 2008 durchschnittlich 74 % der Marktanteile auf sich.

17. Ab 2002 traf sich das Komitee etwa vier Mal jährlich und bestand seit 1999 aus den in der untenstehenden Abbildung 2 aufgeführten Mitgliedern.¹⁸

Abbildung 2: Komitee-Mitglieder 2004-2008

Komitee 1999	Komitee 2000	Komitee 2001	Komitee 2002	Komitee 2003	Komitee 2004	Komitee 2005	Komitee 2006	Komitee 2007	Komitee 2008
Bergerat	Bergerat	Bergerat	Bergerat	Bergerat	Bergerat	Bergerat	Bergerat	Bergerat	Bergerat
Clarins	Clarins	Clarins	Clarins	Clarins	Clarins	Clarins	Clarins	Clarins	Clarins
Estée Lauder	Estée Lauder	Estée Lauder	Estée Lauder	Estée Lauder	Estée Lauder	Estée Lauder	Estée Lauder	Estée Lauder	Estée Lauder
Juvena	Juvena	Juvena						La Prairie	La Prairie
Dior	Dior	Dior	Dior	Dior	Dior	Dior	Dior	Dior	Dior
Puig	Puig	Puig	Puig	Puig	Puig	Puig	Puig	Puig	Puig
Wodma 41	Wodma 42	Wodma 43	Wodma 44	Wodma 45	Wodma 46	Wodma 47	Wodma 48	Wodma 49	Wodma 50
YSL	YSL	YSL	YSL	YSL	YSL	YSL	YSL	YSL	YSL
			Chanel	Chanel	Chanel	Chanel	Chanel	Chanel	Chanel
					Sisley	Sisley			
		Lancaster ab 2008 Coty	Lancaster ab 2008 Coty	Lancaster ab 2008 Coty	Lancaster ab 2008 Coty	Lancaster ab 2008 Coty	Lancaster ab 2008 Coty	Lancaster ab 2008 Coty	Lancaster ab 2008 Coty
					L'Oréal	L'Oréal	L'Oréal	L'Oréal	L'Oréal

Quelle: Act. 2, Act. 85, Act. 450

18. Das Komitee hielt fest, dass das Informatiksystem, welches zum Datenaustausch eingerichtet wurde, dazu führen würde, dass die Angaben termingerecht geliefert würden. Es wurde festgestellt, dass einige Mitglieder die Fristen für die Datenlieferung nicht immer einhielten. Die Mitglieder seien daran erinnert worden, dass säumige Mitglieder vom Informationsaustausch ausgeschlossen werden könnten.¹⁹ Das Komitee beschloss ferner, dass säumigen Mitgliedern eine Busse von CHF 200.– pro Marke auferlegt werden sollte.²⁰ Diese Massnahme wurde in der Folge auch umgesetzt.²¹

¹³ Act. 43, Dokument 3, Art. 17.

¹⁴ Act. 234, Protokoll vom 7. Oktober 2003, 1 f.

¹⁵ Act. 74, Registerblatt 2; Act. 234, Protokoll vom 7. Oktober 2003, 1 f.

¹⁶ Zwischen 1999-2001 Act. 2: Beilage A9, 2 und 4; Beilage A10, 3; Beilage A12, 3; Beilage A16, 4; Beilage A17, 3; Beilage A19, 3; Zwischen 2002-2003: Act. 234: PV 1/2002, 2 f.; PV 2/2002, 3; PV 3/2002, 3; PV 4/2002, 4; PV 1/2003, 3; PV 2/2003, 2; PV 4/2003, 3 f.; Zwischen 2004-2008 Act. 74 Registerblatt 3: PV 1/2004, 5; PV 2/2004, 5 und 11; PV 3/2004, 2 und 5; PV 4/2004, 4 ff.; PV 5/2004, 1 f. und 5; PV 1/2005, 2; PV 2/2005, 1 f.; PV 3/2005, 1 f.; PV 4/2005, 1; PV 5/2005, 1 f.; PV 1/2006, 1 f.; PV 2/2006, 1 ff.; PV 3/2006, 1 f.; PV 4/2006 2; PV 5/2006, 2; PV 1/2007, 1 f.; PV 2/2007, 2 f.; PV 3/2007, 3 f.; PV 4/2007, 1 ff.; PV 1/2008, 1 ff.; Für 2008 Act. 85: PV 2/2008, 1 f.; PV 3/2008, 2.

¹⁷ Act. 234, Protokoll vom 4. Dezember 2003, 1 f.

¹⁸ Act. 74, Registerblatt 3, Protokoll der Komitee-Sitzungen 2004-2008.

¹⁹ Act. 74, Registerblatt 3, Protokoll vom 19. Oktober 2006, Punkt 2.





²⁰ Act. 74, Registerblatt 3, Protokoll vom 22. März 2006, 2.

²¹ Act. 2, Beilage D 62.

19. Abbildung 3 zeigt die Anwesenheit der verschiedenen Unternehmen an den Komitee-Sitzungen bildlich auf:

Abbildung 3: Teilnahme Komiteesitzungen 2000-2008

Teilnahme Komitee-Sitzungen	2000		2001					2002				2003					2004					2005					2006					2007				2008						
	1	2	1	2	3	4	5	1	2	3	4	1	2	3	4	5	1	2	3	4	5	1	2	3	4	5	1	2	3	4	5	1	2	3	4	1	2	3	4			
Bergerat																																										
Chanel																																										
Clarins																																										
Cosmopolitan																																										
Deurocos																																										
Dior																																										
Estée Lauder																																										
Juvena																																										
L'Oréal																																										
La Prairie																																										
Lancaster ab 2008 Coty																																										
Parfums et Beauté																																										
Puig																																										
Sisley																																										
Wodma 41																																										
YSL																																										

	Anwesend		i = invité
	Entschuldigt		
	Abwesend		

A.2.4 Das Sekretariat

20. Die Sekretariatsaufgaben der ASCOPA werden von der *Fédération des Entreprises Romandes Genève* (FER) wahrgenommen. Nebst den üblichen administrativen und organisatorischen Aufgaben unterstützt die FER ihre Mitglieder in juristischen Belangen und stellt ihnen eine Intranet-Seite zur Verfügung, welche lediglich von den jeweiligen Verbandsangehörigen genutzt werden kann. Das Sekretariat handelte nicht auf eigene Initiative hin, sondern setzte lediglich die Weisungen des Präsidenten bzw. des Komitees um.

21. Das Sekretariat organisierte den Informationsaustausch. Ab Mai 2005 konnten die Resultate der verschiedenen "Umfragen" auf der Intranet-Seite von ASCOPA abgerufen werden. Die Administration der Website wurde von einem externen Unternehmen besorgt, wobei das Sekretariat einzelne Dokumente selbständig aufschalten und von der Seite entfernen konnte. Die Umsatzdaten (vgl. A.3.3) wurden nun nicht mehr per Post versandt, sondern direkt auf der Passwortgeschützten Intranet-Seite eingetragen.²²

22. Vor der Erstellung der ASCOPA-Internetplattform wurden die einzelnen Mitglieder brieflich zur Dateneingabe aufgefordert.²³ Das Sekretariat erinnerte die Mitglieder daran, dass nur diejenigen Unternehmen die Daten einsehen könnten, welche selbst Angaben geliefert hätten.²⁴ Ferner versandte es im Verspätungsfall Mahnungen und wies auf den Generalversammlungsbe-

schluss hin, wonach sich die Mitglieder verpflichtet hatten, die nachfolgend beschriebenen (vgl. unten A.3.) Informationen auszutauschen.²⁵ Schliesslich stellte es die von den Mitgliedern eingesandten Angaben zusammen und versandte diese an die Teilnehmer.²⁶

23. Ab Einführung der Internetplattform wies das Sekretariat die Mitglieder per E-Mail monatlich darauf hin, dass die "*enquête*" des jeweiligen Monats eröffnet sei und die Umsatzangaben für den betreffenden Monat ab diesem Tag eingegeben werden konnten. Es setzte für die Eingabe eine gewisse Frist an. Die Unternehmen sollten zudem melden, wenn eine Marke zur Statistik hinzugefügt oder weggelassen werden sollte.²⁷ Ferner versandte das Sekretariat eine E-Mail in der es den Mitgliedern mitteilte, dass die "*enquête*" nun fertiggestellt sei und die Auswertung konsultiert werden könnten.²⁸ Wenn ein Mitglied seine Daten nicht innert der angesetzten Frist eingegeben hatte, versandte das Sekretariat ein

²² Act. 2, Beilage D 61.

²³ Vgl. Act. 2, Beilage D 58; vgl. Act. 63, E-Mail vom 28. März 2008 10:16 an Kanebo-Cosmetics.

²⁴ Act. 2, Beilage D 59.

²⁵ Act. 2, Beilage D 58.

²⁶ Act. 63, E-Mail vom 20. März 2008 13:59 an ASCOPA-Mitglieder.

²⁷ Act. 487.1; Act. 62, E-Mail vom 30. Januar 2007 08:57 an Coty.

²⁸ Act. 487.1.

Mahnschreiben, mit dem eine kurze Nachfrist von zwei Tagen angesetzt wurde. Bei Bedarf versandte es eine zweite Mahnung.²⁹ Bei einer verspäteten Abspeicherung dieser Daten berechnete das Sekretariat im Namen der ASCOPA CHF 200.- pro Marke.³⁰

24. Schliesslich stellte es den Mitgliedern zwei Mal im Jahr Selbstklebeetiketten mit den Adressen der übrigen Mitglieder zu, um auf diese Weise den Informationsaustausch zu vereinfachen.³¹

A.3 Die Verhaltensweisen im Einzelnen

A.3.1 Vorbemerkung

25. Die Mitglieder von ASCOPA sandten sich gegenseitig Preisinformationen (s.u. A.3.2), gaben einander via Verband ihre Bruttoabsatzzahlen an den Handel bekannt (s.u. A.3.3) und orientierten sich gegenseitig über ihre Bruttowerbeinvestitionen (s.u. A.3.4). Der Austausch der drei Informationstypen wurde gemäss Angaben von ASCOPA seit mindestens 30 Jahren betrieben, also mindestens zwischen den Jahren 1978–2008.³²

26. Zusätzlich zum Informationsaustausch gab ASCOPA zwischen 2000 und 2007 Empfehlungen in Bezug auf Minimalbestellwerte, Lieferkosten und Rücksendekonditionen heraus (s.u. A.3.5).

27. Der Sachverhalt bezüglich des Informationsaustausches zwischen den ASCOPA-Mitgliedern kann basierend auf den vorliegenden Bonusmeldungen, den Antworten der Parteien sowie der Marktteilnehmer auf die Fragebogen des Sekretariats, den freiwillig und auf Anforderung hin eingereichten Beweismitteln, der Intranet-Seite der ASCOPA, den Aussagen anlässlich verschiedener Treffen sowie den Stellungnahmen der Parteien nachgewiesen werden.

28. Der Informationsaustausch war vertraulich. Die ausgetauschten Daten durften nicht an Dritte weitergeleitet werden.³³ Bereits 1997 wurden die Mitglieder darauf hingewiesen, dass sie sich systematisch an diesen "enquêtes" beteiligen sollten. Diese Datensammlung sei die einzige in der Schweiz, welche die "globalen" Marktzahlen des Schweizerischen Marktes lieferten.³⁴

29. Wie diverse Vorkommnisse aufzeigen, sollte der Wettbewerb nicht, wie dies von den Parteien teilweise dargelegt wird, verschärft werden durch den Informationsaustausch und die Herausgabe der AGB-Empfehlungen. Vielmehr wollten die Parteien den Markt so transparent als möglich gestalten. Die erhöhte Transparenz erlaubte es ihnen, ihre Strategie an den Konkurrenten in wettbewerbswidriger Weise auszurichten und hatte eine erheblich Einschränkung des Wettbewerbs zur Folge (vgl. zu letzterem B.4.4).

30. Die verschiedenen Sachverhaltsabschnitte und deren Nutzen bzw. Zweck werden in der Folge der Reihe nach abgehandelt. Im Anschluss daran erfolgt eine zusammenfassende Betrachtung des Nutzens des Informationsaustauschs.

A.3.2 Austausch von Preisinformationen

A.3.2.1 Vergleichslisten der Bruttoverkaufspreise

31. Wie aus verschiedenen Dokumenten über die Aktivitäten der ASCOPA aus den Jahren 1993, 1994/1995,

1997/1998, 1998/1999, 1999/2000 folgt, gehörte die Erstellung einer vergleichenden Übersicht der Brutto-Preise zu den Hauptaktivitäten der ASCOPA.³⁵ Die Übersichten für die Jahre 1998 und 2001 sind aus den Akten ersichtlich.³⁶

32. In der Vergleichsliste wurden die Bruttopreise des Schweizer Marktes für die Kategorien der Damen-Linien Parfüm, Eau de Toilette und Bad (Milch, Gel, Deo Vapo, Seife) und der Herren-Linien Eau de Toilette, After Shave und Diverses (After Shave Baume, Deo Spray, Deo Stick, Shower Gel) erstellt.³⁷ Wie sich aus einem Protokoll des Komitees ergibt, wurde auch angeregt Vergleichslisten von Pflege- und Make-up-Produkten zu erstellen. Eine solche Liste wurde jedoch nicht erstellt.³⁸

33. Die folgenden Unternehmen nahmen gemäss Liste an diesem Bruttopreisvergleich teil: Beauté Prestige, Bergerat, Bulgari, Chanel, Clarins, Coty/Lancaster, Deucos, Diffusion Parfums, Elizabeth Arden, Juvena, La Prairie, Lauder, L'Oréal, P&G, Parfums Christian Dior, Parfums de Luxe, Parlux Diffusion, Puig, Richemont, Sisley, Star Cos, Tanner, Tschanz, Wodma 41 und YSL Beauté.³⁹

34. Aus der Preisvergleichsliste vom 1. Juli 2001 lassen sich Preissegmente erkennen. Als anschauliches Beispiel sind die Eau de Toilette 50/60 ml Vapo aufzuführen, welche in der Liste in fetter Schrift gekennzeichnet sind. Die Preise bewegen sich in den folgenden Spanneiten:⁴⁰

- 1) 26,23 bis 29,58
- 2) 30,00 bis 35,00
- 3) 35,05 bis 39,53
- 4) 40,30 bis 44,80
- 5) 45,02 bis 49,68
- 6) 50,15 bis 54,70
- 7) 55,26 bis 55,82
- 8) 65,00

35. Die einzelnen Preissegmente haben fließende Übergänge und enthalten jeweils Produkte verschiedener Hersteller. Aus der Aufstellung wird ersichtlich, dass sich die Konkurrenten mit den Produkten ihres Preissegmentes vergleichen können. Nebst dem Preis handelte es sich um dieselbe Produktart, in derselben Menge, deren Marke über einen vergleichbaren Bekanntheitsgrad verfügte.

²⁹ Act. 487.1.

³⁰ Act. 2, Beilage D 62.

³¹ Act. 234, Protokoll vom 3. Juni 2002, 3.

³² Act. 173, Antwort auf Frage 10.

³³ Act. 234, Protokoll vom 11. April 2002, 5.

³⁴ Act. 2, Beilage A 4, 6.

³⁵ Act. 2 Beilage A1, Punkte 4 und 5; Act. 2 Beilage A2, 1; Act. 2 Beilage A3, 2; Act. 2 Beilage A6, 1; Act. 2 Beilage A8, 1.

³⁶ Act. 79, Dokument B1; Act. 2, Beilage A4, 6; Act. 2 Beilage A13, 4 Punkt 11 zweiter Absatz; Act. 2, Beilage 2 A17, 3.

³⁷ Act. 79, Dokument B1.

³⁸ Act. 234, Protokoll vom 1. April 2003, 2.

³⁹ Die von Arval, Doyat Diffusion, Dico-par, Kanebo geführten Marken figurieren nicht in dieser Vergleichsliste.

⁴⁰ Act. 79, Dokument B1.

A.3.2.2 Umfrage über Grosshandelspreise

36. An der Generalversammlung vom 6. Mai 1999 beschloss die ASCOPA, eine "Umfrage" bezüglich der Grosshandelspreise durchzuführen. In dieser Umfrage sollte mittels Fragebogen erhoben werden, ob die verschiedenen Marken ihre Preise angehoben hätten und um wie viele Prozente. Diejenigen Unternehmen die keine Preiserhöhungen vorgenommen hatten, sollten dies ebenfalls angeben.⁴¹ Die Angaben sollten zudem nach den verkauften Mengen gewichtet erfolgen.⁴² In einer Diskussion über diese Umfrage an einer Komiteesitzung wiesen die Mitglieder darauf hin, dass die Umfrage es ermöglichte, sich auf die Preise der Konkurrenten zu beziehen.⁴³ Das Vorhaben wurde in der Folge im Jahre 2000 in die Tat umgesetzt. Ein Grossteil der Mitglieder nahm daran teil.⁴⁴

A.3.2.3 Zusendung von Preislisten und Wiederverkaufspreisempfehlungen

(i) Zusendung von Bruttopreislisten

37. Aus den Dokumenten über die Aktivitäten der ASCOPA (vgl. Rz 31) ist ferner ersichtlich, dass die Mitglieder mindestens seit 1994/1995 (laut Angaben von ASCOPA seit 1978⁴⁵) auch Bruttopreislisten austauschten.⁴⁶ Die Bruttopreislisten führten die Preise sämtlicher Produkte inklusive Artikelnummer der ausgetauschten Marke auf. Aus den versandten Schreiben folgt: "*Conformément à la décision de notre assemblée générale du 3 juin 2002 nous vous adressons en annexe un jeu d'étiquettes de tous les membres ASCOPA et vous prions, comme convenu, d'envoyer à chaque membre de l'ASCOPA un exemplaire de vos tarifs.*"⁴⁷ Der Verband bestätigte anlässlich der Beantwortung des Fragebogens vom 6. April 2009, dass ein Preislisten austausch stattgefunden hat.⁴⁸ Zudem räumen die beiden Selbstanzeiger ein, dass sich die Parteien zwei Mal im Jahr jeweils aktuelle Preislisten zusandten.⁴⁹

38. Zusätzlich versandte ASCOPA ihren Mitgliedern Selbstklebeetiketten mit den Adressen der übrigen Mitglieder, um auf diese Weise den Austausch zu vereinfachen.⁵⁰ In den Schreiben wurde darauf hingewiesen, dass der Versand zwei Mal im Jahr organisiert wurde, einerseits im Frühling und andererseits im Herbst.⁵¹

39. Eine der Selbstanzeigerinnen legte die Preis-Listen der folgenden Unternehmen vor: Bulgari (Januar 2008), Cartier/Richemont (Oktober 2007), Chanel (Januar 2007), Clarins (März 2003, Januar 2008), Coty (Oktober 2007), Deurocos (Oktober 2007, Januar 2008), Doyat Diffusion (2007), D.P. Diffusion Parfums (April 2006), Elizabeth Arden (August 2007), Estée Lauder (März, Januar 2005, Januar, März, September, Oktober 2007), Juvena (März 2005), Parfums Christian Dior (April 2005, September 2007), Parfums de Luxe (Februar 2008), PC Parfums Cosmétiques (Januar 2004, Oktober 2007), Parlux Diffusion (März 2004, März 2006, Februar 2007), Puig (Juli 2007); Sisley (August 2007), Soparco (Oktober 2003), Star Cos (Februar 2008), Tanner (Januar u. April 2007), Tschanz (Juni, August-Dezember 2007), Wodma 41 (Februar, März 2005; Februar, März 2006); YSL (März, April 2005; März 2007).⁵²

40. Gemäss Angaben von ASCOPA nahmen die folgenden Unternehmen am Preislisten austausch im ersten

Semester 2006 Teil: Arval, Bulgari, Clarins, Deurocos, Dicopar, Doyat Diffusion, Elizabeth Arden, Kanebo, Lancaster (Coty), L'Oréal, Parlux Diffusion, Richemont, Sisley, Star Cos, Tanner und Tschanz Teil. Im zweiten Semester waren dies: Bulgari, Clarins, Coty, Deurocos, Dicopar, Juvena, La Prairie, Lauder, L'Oréal, P&G, Parfums Christian Dior, Richemont, Sisley, Tanner, Wodma und YSL.⁵³

41. Der Verband bestätigt zudem, dass die nachfolgenden Unternehmen im ersten Semester 2007 Preislisten geliefert haben: Arval, Bulgari, Chanel, Clarins, Deurocos, Doyat Diffusion, Juvena, La Prairie, Lancaster (Coty), Lauder, L'Oréal, Parfums Christian Dior, Parfums de Luxe, Parlux Diffusion, Richemont, Star Cos, Tanner, Tschanz, Wodma und YSL. Im zweiten Semester 2007 lieferte zudem Puig.⁵⁴

42. Ergänzend zu den vorgenannten Beweismitteln liegen die Antworten der Parteien auf die Fragen des Auskunftsbeghehrs vom 6. April 2009 vor. Die Parteien wurden in Fragen 17-21 gebeten, die ausgetauschten Informationen zu benennen, alternative Beschaffungsquellen aufzuzählen, den Nutzen der Informationen zu beschreiben sowie die ausgetauschten Informationen mit Hinblick auf Detaillierungsgrad, Aktualität und Vertraulichkeit einzustufen. Dabei gab die grosse Mehrheit der Parteien⁵⁵ (Arval, Beauté Prestige, Bergerat, Bulgari,

⁴¹ Act. 2, Beilage A 7, 5; Act. 2, Beilage A 9, 2.

⁴² Act. 2, Beilage A 9, 2.

⁴³ Act. 2, Beilage A 10, 3.

⁴⁴ Act. 2, Beilage A 13, 4.

⁴⁵ Act. 173, Antwort auf Frage 10.

⁴⁶ Act. 2, Beilage A 2, 1 ("*Echange de prix courants*"); Act. 2, Beilage A3, 2 ("*Echange des tarifs*"); Act. 2, Beilage A8, 1 ("*Echange des tarifs (20 maisons)*"); Act. 2, Beilage A15, 2 ("*Echange des tarifs*"); Act. 79 B8 (Note sur l'activité de l'ASCOPA au Cours de l'année 2003-2004), 1; Act. 79 B8 (Note sur l'activité de l'ASCOPA année 2004-2005), 2.

⁴⁷ Act. 2, Beilagen C17-21, Schreiben vom 25. September 2002, 12. März 2003, 27. August 2003, 19. März 2004 und 17. Oktober 2006. Der Wortlaut der Schreiben änderte. In den Schreiben vom 25. September 2002, 12. März 2003 und 27. August 2003 nahm das Sekretariat noch ausdrücklich auf den Generalversammlungsbeschluss Bezug, mit dem der Preislistenversand entschieden worden war. Ab dem 19. März 2004 weist das Sekretariat darauf hin, dass es dem Gebrauch entspreche die Preislisten zu versenden.

⁴⁸ Act. 173 Fragen 6-10.

⁴⁹ Act. 43 Rz 12; Act. 1, 6 f. Aus den Akten ergibt sich, dass auch zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung nicht mehr aktive Unternehmen angeschrieben wurden wie z.B. die Procosa.

⁵⁰ Act. 234, Protokoll vom 3. Juni 2002, 3.

⁵¹ Act. 2, Beilagen C17-21, "*Nous vous rappelons que nous renouvelons l'opération au printemps prochain*" / "*Nous vous rappelons que nous renouvelerons l'opération en automne prochain.*"

⁵² Act. 2, Beilagen B1 – B 28 unter diesen Beweismitteln befinden sich ferner noch Preislisten der folgenden nicht mehr aktiven Unternehmen: LCI Cosmetics (vor 1.7.2005: Unilever; Januar 2006); Marbert (März 2003), Parfums Beauté (Suisse) SA (Januar, Februar, April 2003); Soparco (2003); Unilever (ab 1.7.2005 LCI Cosmetics; April 2005).

⁵³ Die Verbandssekretärin gab an, dass ASCOPA keine Unterlagen zum Preislisten austausch vor 2006 aufbewahrt habe. Aus diesem Grund lieferte sie lediglich die Angaben zu den Jahren 2006 und 2007, Act. 569.02.

⁵⁴ Act. 569.02.

⁵⁵ Vgl. Act. 226 Arval, Act. 193 Beauté Prestige, Act. 153 Bergerat, Act. 175 Bulgari, Act. 136 Chanel, Act. 168 Clarins, Act. 195 Coty, Act. 188 Elizabeth Arden, Act. 132 Deurocos, Act. 177 Dicopar, Act. 176 Doyat Diffusion, Act. 160 Estée Lauder, Act. 171 L'Oréal, Act. 218 P&G, Act. 187 Parfums de Luxe, Act. 131 Puig, Act. 210 Richemont, Act. 189 Tanner, Act. 128 Tschanz, Act. 183 Sisheido, Act. 172 YSL.

Chanel, Clarins, Coty, Elizabeth Arden, Deurocos, Dico-par, Doyat Diffusion, Estée Lauder, L'Oréal, P&G, Parfums de Luxe, Puig, Richemont, Tanner, Tschanz, Sisheido, YSL) an, dass ein Preislisten austausch stattgefunden hatte und beantwortete die dazugehörigen Fragen.

43. Mit Ausnahme von Beauté Prestige, Bergerat und HJD liegen Preislisten von sämtlichen Unternehmen vor oder die Bestätigung von ASCOPA, dass ein Unternehmen am Preislisten austausch teilgenommen hat. Daraus ist ersichtlich, dass die Unternehmen tatsächlich und entgegen gewisser Parteiaussagen⁵⁶ am Preislisten austausch teilgenommen haben. In der Folge ist aufgrund dieser Ausgangslage gesondert auf die Beauté Prestige, Bergerat und HJD einzugehen.

44. Da die HJD erst nach Beendigung des Preislisten austausches ASCOPA beigetreten ist, erübrigen sich weitergehende Erläuterungen zu diesem Unternehmen. Von Beauté Prestige⁵⁷ und Bergerat⁵⁸ liegen einerseits Beweise vor, dass die Unternehmen angeschrieben wurden und andererseits ergibt sich aus deren Antworten zum Fragebogen vom 9. April 2009, dass die Unternehmen die Preislisten tatsächlich geliefert haben.

45. Wie aus der obigen Auflistung folgt, forderte das Verbandssekretariat auch Kanebo auf, Preislisten zu versenden. Kanebo bestreitet hingegen, dies jemals getan zu haben.⁵⁹ In Anbetracht dessen, dass Kanebo auch bestreitet, Werbeausgaben geliefert zu haben, was nicht den Tatsachen entspricht,⁶⁰ kann die WEKO deren Vorbringen nicht vorbehaltlos folgen. Aus einem Komitee-Protokoll vom 20. November 2002 ist denn auch ersichtlich, dass Kanebo Preislisten mit Wiederverkaufspreisen an die ASCOPA-Mitglieder versandt hat.⁶¹ Gemäss ASCOPA versandte Kanebo zudem noch bis im ersten Semester 2006 Preislisten.⁶² Darüber hinaus fehlt ein Hinweis, dass Kanebo ihre Preislisten den übrigen ASCOPA Mitgliedern zugesandt hat.

46. Insgesamt geht die WEKO gestützt auf diese Aktenlage (GV-Beschluss, Selbstklebetiketten und Begleitschreiben, Preislisten, Angaben des Verbandes, der Selbstanzeiger und der übrigen Parteien) davon aus, dass mit Ausnahme von HJD sämtliche Unternehmen am Preislisten-Austausch teilgenommen haben, selbst wenn nicht lückenlos alle Etiketten bzw. Preislisten vorliegen.⁶³

47. ASCOPA zu Folge dauerte der Austausch von Preislisten bis 2007 an.⁶⁴ Laut den Selbstanzeigern tauschten die Parteien die Preislisten bis mindestens im Januar 2008 aus.⁶⁵ Der WEKO liegen Preislisten bis im Februar 2008 vor, allerdings ist ersichtlich, dass diese Preislisten bereits im Jahre 2007 versandt wurden.⁶⁶ Es ist daher davon auszugehen, dass der letzte Preislistenversand im Herbst 2007 erfolgte.

(ii) Versand von Preislisten mit Wiederverkaufsempfehlungen

48. Dreizehn Unternehmen versandten Preislisten, welche auch die gegenüber dem Handel empfohlenen Wiederverkaufspreise enthielten. Die Preislisten enthielten jeweils sämtliche von einem Hersteller oder Distributor vertriebenen Marken und Produktarten. Die Wiederverkaufspreise der folgenden Unternehmen konnten aus

den Preislisten ersehen werden: Bulgari, Cartier, Clarins, Deurocos, Doyat Diffusion, Elisabeth Arden, Estée Lauder, Kanebo, Juvena, Star Cos Sàrl, Tanner, Tschanz und YSL.⁶⁷

(iii) Die Preislisten waren nicht öffentlich zugänglich

49. Wie aus den Akten folgt, waren die ausgetauschten Bruttopreislisten nicht öffentlich zugänglich. Die Retailer Douglas, Globus, Manor, Marionnaud und Sun Store erklärten gegenüber dem Sekretariat, sie hätten die Bruttopreislisten eines Verhandlungspartners nicht an die übrigen Verhandlungspartner ausgehändigt.⁶⁸ Douglas, Import, Manor und Sun Store gaben an, sie hätten noch nie eine Anfrage von einem ASCOPA-Mitglied erhalten, ihm die Bruttopreislisten eines anderen Herstellers/Distributoren herauszugeben.⁶⁹ Diese Aussagen stimmen mit denjenigen der Selbstanzeigerin überein, wonach die Listen nicht öffentlich zugänglich waren.⁷⁰ Entgegenstehende Parteiaussagen,⁷¹ sind damit widerlegt. Zudem ist zu bedenken, dass kein Grund bestanden hätte, Bruttopreislisten zwischen Wettbewerbern auszutauschen, wenn die Bruttopreislisten vom Handel einfach erhältlich gewesen wären.

A.3.2.4 Zwischenfazit zum Preislisten austausch

Zusammenfassung der Fakten

50. Insgesamt ist erstellt, dass die Parteien zwischen 1993-2007 Preisinformationen austauschten. Aufgrund der genannten Beweismittel ergibt sich folgendes Bild (vgl. Abbildung 4): Die dunkelbraunen Flächen zeigen die Zeitspannen an, aus denen der WEKO Preislisten eines Unternehmens vorliegen oder für welche ASCOPA bestätigt, dass ein Unternehmen am Preislisten austausch teilgenommen hat. Die schraffierten Flächen

⁵⁶ Act. 120 Parlux Antwort zu Frage 17; Act. 215 Star Cos keine Antwort auf Frage 17 ff.

⁵⁷ Act. 193, Antworten zu den Fragen 17, 21.

⁵⁸ Act. 153, Antworten zu den Fragen 17, 20.

⁵⁹ Act. 417 Rz 42, 51; Act. 190 Antwort zu den Fragen 17 und 20.

⁶⁰ Vgl. u. 3.4. inkl. Act. 43, Dokument 8.

⁶¹ Act. 234, PV 4/2002., 4 Bst. e.

⁶² Act. 569.02.

⁶³ Vgl. zur Beweisdichte auch etwa Urteil des EuGH verbundene Rechtssachen C-204/00 P et al. *Aalborg Portland u.a./Kommission*, Slg. 2005, I-123 Rz 56 f.

⁶⁴ Act. 87, Protokoll vom 11. März 2009, 3.

⁶⁵ Act. 43, Rz 13.

⁶⁶ Act. 2 B1 Begleitschreiben von Bulgari vom 3. Dezember 2007, Act. 2 B3 Begleitschreiben Chanel vom November 2007.

⁶⁷ Act. 2 Beilage: B1 (Bulgari); B2 (Cartier), B4 (Clarins), B6 (Deurocos Cosmetic), B7 (Doyat Diffusion), B9 (Elisabeth Arden), B10 (Estée Lauder), B11 (Juvena), B23 (Star Cos Sàrl), B24 (Tanner), B25 (Tschanz Distribution), B28 (YSL Beauté SA), Marbert Kosmetik GmbH (B13) und Soparco SA (B22) lieferten ebenfalls empfohlene Wiederverkaufspreise. Sie stellten ihre Geschäftsaktivitäten vor Eröffnung der Untersuchung ein.

⁶⁸ Act. 569, Frage 25; Act. 564, Frage 25; Act. 571, Frage 25; Act. 579, Frage 27; Act. 572, Frage 28.

⁶⁹ Act. 569, Frage 25; Act. 562, Frage 25; Act. 571, Frage 25; Act. 579, Frage 27.

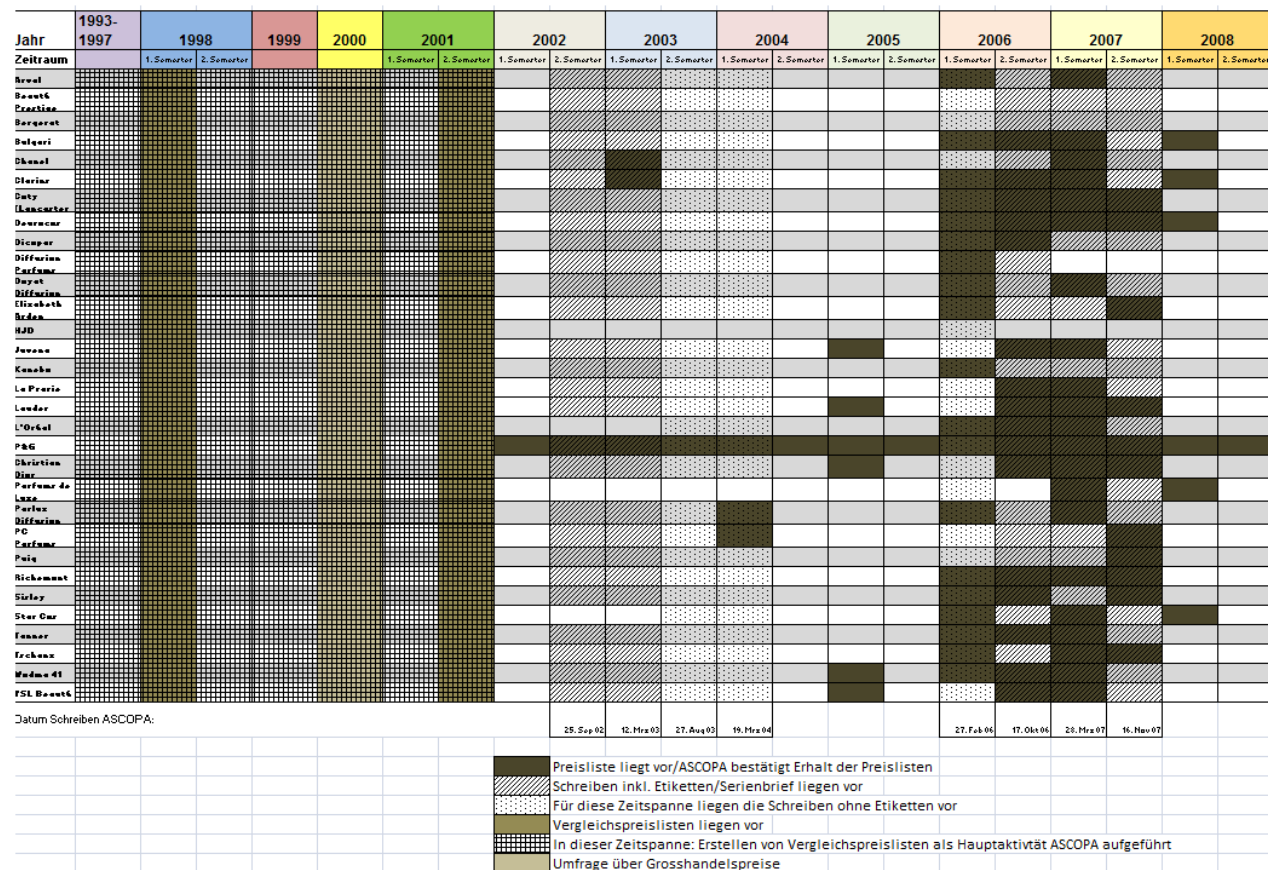
⁷⁰ Act. [...].

⁷¹ Act. 193, Antwort 18.

weisen darauf hin, von welchen Unternehmen Schreiben inkl. Adressetiketten vorliegen bzw. an sie adressierte Serienbriefe. Die gepunkteten Flächen zeigen die Periode an, aus der Schreiben vorliegen, die die Parteien zum Versand der Preislisten anhalten. Die karierte Fläche

zeigt an, für welche Zeitdauer die Erstellung von Vergleichslisten betrieben wurde. Die hellbraunen Flächen zeigen an, für wann Vergleichslisten vorliegen und wer daran beteiligt war. Im Jahr 2000 fand der Austausch über Grosshandelspreise statt.

Abbildung 4:



Quelle: Act. 2 C-17-21, Act. 2 B1 - B 28, Act. 469.02, Act. 2: Beilage A1, Punkte 4 und 5; Beilage A2, S. 1; Beilage A3, S. 2; Beilage A6, S. 1; Beilage A 8, S. 1.

Parteivorbringen anlässlich der zweiten Stellungnahme und Würdigung

51. Parlux Diffusion meint nur einmal eine Bruttopreisliste weitergeleitet zu haben und zwar Preislisten aus verschiedenen Jahren dies ergäbe sich aus Act. 2 B 19.

52. Dem kann nicht zugestimmt werden. Act. 2 B 19 umfasst ein Schreiben mit dem folgenden Wortlaut:

Tarifs actuels 2007

Madame, Monsieur,

Veillez trouver ci-joint nos listes de prix 2007.

Nous vous souhaitons bonne réception et vous adressons, Madame, Monsieur, nos meilleurs salutations.

Parlux Diffusion

[N.N.]

Aus diesem Schreiben geht nicht hervor, dass Parlux die Preislisten mehrerer Jahre auf einmal versandt hätte. Im Gegenteil nimmt das Schreiben im Titel und im Text nur auf die Preislisten von 2007 Bezug. Die Selbstanzeigerin hat dagegen nebst diesem Schreiben, Preislisten aus

den Jahren 2004, 2005, 2006 und 2007 eingereicht. Der Umstand, dass lediglich das Begleitschreiben aus dem Jahr 2007 aufbewahrt wurde, beweist nicht, dass Parlux lediglich einmal Preislisten versandt hat. Aus dem Gesamtkontext geht das Gegenteil hervor. So liegen die Aussagen der Selbstanzeiger und ASCOPA vor, die Schreiben von ASCOPA bezüglich des Preislistenversands inkl. Etiketten sowie ohne Etiketten und die Preislisten die belegen, dass der Austausch mindestens zwischen 1994-2007 stattgefunden hat. Zusätzlich liegen die Preislisten von Parlux aus verschiedenen Jahren vor.

53. Dior und PC Parfums bringen vor, die Wettbewerbsbehörden könnten nicht beweisen, dass sie zwischen 1997 und 2007 irgendeinem Mitglied von ASCOPA Preislisten zugestellt hätten. Die Briefe mit den Selbstklebeetiketten, die Aussagen der Selbstanzeiger und die den Wettbewerbsbehörden vorliegenden Preislisten reichen dazu nicht aus. Die Preislisten könnten auch von anderer Seite stammen. Auch im Fragebogen hätten Dior und PC Parfums nicht angegeben, dass Preislisten ausgetauscht wurden. ASCOPA habe zudem nicht angegeben, dass PC Parfums Preislisten zugesandt habe. Soweit der Verband angegeben habe, Preislisten von

Dior erhalten zu haben, stelle dies kein Beweis dar, dass auch die anderen ASCOPA-Mitglieder die Preislisten erhalten hätten. Zudem hätten Dior und PC Parfums ihre Preislisten nur denjenigen Mitgliedern von ASCOPA zugestellt, die darum ersucht hätten.

54. Diese Vorbringen erfolgen zu Unrecht. Wenn erstens eine Selbstanzeigerin die Preislisten von Dior und PC Parfums einreicht und angibt, diese von Dior bzw. PC Parfums erhalten zu haben⁷² und zweitens eine andere Selbstanzeigerin unabhängig davon bestätigt, dass der Preislisten austausch tatsächlich stattgefunden hat,⁷³ ist an der Richtigkeit dieser Angaben nicht zu zweifeln. Zusätzlich besitzen die Wettbewerbsbehörden an die Parteien adressierte Selbstklebeetiketten sowie Briefe und verfügt über Aussagen von ASCOPA. Gesamthaft reichen diese Beweismittel aus, um darzulegen, dass a) ein Preislisten austausch stattgefunden hat und b) Dior bzw. PC Parfums Preislisten mindestens im ersten Semester 2005, im zweiten Semester 2006 und 2007 bzw. im ersten Semester 2004 und im 2. Semester 2007 geliefert haben.

55. Die Angaben von ASCOPA widersprechen diesem Resultat in Bezug auf PC Parfums nicht. Erstens war ASCOPA nur noch im Besitz von Angaben aus den Jahren 2006 und dem ersten Semester 2007. Die von der Selbstanzeigerin gelieferten Preislisten von PC Parfums stammte nicht aus dieser Zeitspanne. Zweitens kann aus dem Umstand, dass ASCOPA gewisse Preislisten vorliegen, nicht geschlossen werden, dass nicht noch weitere Preislisten zwischen den Parteien im Umlauf waren. Schliesslich ist der Umstand, dass Dior und PC Parfums in ihren Fragebogenantworten nicht angegeben haben, Preislisten ausgetauscht zu haben, kein Gegenbeweis. Was Dior betrifft, widerspricht die Partei damit den drei unabhängigen Aussagen von ASCOPA und den beiden Selbstanzeigern, womit zumindest Zweifel an der Richtigkeit ihrer Aussagen aufkommen. Ferner ist zu bedenken, dass Dior und PC Parfums nicht verpflichtet sind, sich selbst zu belasten; es steht ihnen frei zu schweigen. Soweit die beiden Unternehmen im Fragebogen keine Angaben zum Preislisten austausch gemacht haben, liegt darin weder ein Beweis für noch gegen den Austausch. Die Wettbewerbsbehörden müssen dieses Schweigen im Zusammenhang mit den übrigen Beweisen frei würdigen.

56. Entsprechend können auch die Äusserung von Dior und PC Parfums frei gewürdigt werden, sie hätten ihre Preislisten nur denjenigen Mitgliedern von ASCOPA zugestellt, die darum ersucht hätten. Einerseits geben die Unternehmen damit zu, Preislisten an die ersuchenden Mitglieder geliefert zu haben und widersprechen damit ihren eigenen Dementis. Andererseits zeigt dieser Umstand, dass sie ihre Preislisten von 2002-2007 P&G zugeschickt haben, da P&G ihre Preislisten in diesem Zeitraum sämtlichen ASCOPA-Mitgliedern zusandte.⁷⁴

A.3.2.5 Befürchtungen der Preisabwertung

57. Wie die nachfolgenden fünf Sachverhaltsabschnitte aufzeigen, befürchteten die Kosmetik- und Parfümerie-Hersteller und Distributoren, die Produktpreise würden abgewertet. Den Ausgangspunkt dieser Abwertung erten sie im Handel. Aus diesem Grund versuchten die Unternehmen Gegenmassnahmen zu ergreifen.

(i) Beschreibung der Vorgänge und deren Würdigung

Discountpreise

58. Die sogenannten Parfümdiscounter boten Parfümerieprodukte zu Preisen an, welche von den ASCOPA-Mitgliedern als zu tief empfunden wurden. So wurde im Rahmen der Generalversammlung vom 22. Mai 1997 festgehalten, dass die Produkte zu Schleuderpreisen verkauft würden ("*les produits de luxe sont bradés*").⁷⁵

59. Die Parteien hielten an der Komitee-Sitzung vom 11. April 2002 und der Generalversammlung der ASCOPA vom 4. Juni 2002 fest, es sei zu vermeiden, dass die Marken zu Discountpreisen verkauft würden.⁷⁶ Gleichzeitig (vgl. Rz 37) beschloss die Generalversammlung, dass der Verband Adressetiketten an die Mitglieder versenden sollte, damit sich diese ihre Preislisten gegenseitig zusenden konnten.

60. Im selben Jahr bringt der Verband seine Absicht zum Ausdruck, sich gegen Discount-Preise einzusetzen. Dies wird aus einem Brief des Vorstandes vom 12. Dezember 2002 an die Parfümerie-Discounter Marionnaud, Douglas und Import-Parfümerie ersichtlich. In diesem Schreiben zeigt sich die ASCOPA über die Entfesselung eines Prozesses beunruhigt, bei dem sich die verschiedenen Discount-Ladenketten mit Preisen gegenseitig zu unterbieten versuchten. Den Adressaten wird nahe gelegt, das "nicht konstruktive Konkurrenz-Spiel" zu unterlassen, sich mit dem ASCOPA-Komitee zu beraten und den Discountstreit durch einen Kampf der Ideen und des Marketings zu ersetzen.⁷⁷

61. Im Anschluss an dieses Schreiben versuchte ASCOPA, ein gemeinsames Treffen mit den Discountern zu organisieren, was aber nicht gelang. Dennoch ist in einem Sitzungs-Protokoll vom 1. April 2003 festgehalten, die von ASCOPA unternommenen Schritte hätten dazu geführt, dass sich die Verantwortlichen der Discounter der Notwendigkeit bewusst geworden seien, die Rabatte am Ende des Jahres einzuschränken.⁷⁸

62. Ein Sitzungsprotokoll vom 11. Februar 2003 hält fest, dass sich die Detaillisten einen erbitterten Preis-Konkurrenzkampf lieferten. ASCOPA könne sich zwar nicht zu Ladenpreisen ("*prix public*") äussern, es gelte aber absolut zu vermeiden, dass eine Abwärtsspirale ausgelöst werde ("*[...] un engrenage à la baisse [...]*").⁷⁹

⁷² Act. 1, 3 f.

⁷³ Act. 44.

⁷⁴ Act. [...].

⁷⁵ Vgl. Act. 2, Beilage A 4, 5.

⁷⁶ Act. 2, Beilage A 20, 5; Act. 234, Protokoll vom 11. April 2002.

⁷⁷ Act. 2, Beilage A 24; vgl. auch Act. 234, Protokoll vom 11. April 2002, 1.

⁷⁸ Act. 234, Protokoll vom 1. April 2003, 3.

⁷⁹ Act. 234, Protokoll vom 11. Februar 2003, 2.

63. Die Prairie Group bringt dazu vor, diese Aussage beziehe sich auf die Endverkaufspreise der Detailhändler. Das trifft zu. Entgegen den Vorbringen der Partei kann daraus jedoch ersehen werden, dass das *Sell-in-Preisniveau*⁸⁰ an den Handel nicht verringert werden sollte. Denn der Handel kann billigere Preise nur dann anbieten, wenn er seine eigenen Margen senkt, wie das Komitee dies selbst ausführt: "*Le comité relèvent [sic] toutefois que les actions potentielles de la fin de l'année 2003 seront très probablement différents vu la baisse de la marge des détaillants engendrée par ces actions discounts.*"⁸¹ Dies wird auch von den Händlern bestätigt.⁸² Eine konstante Senkung der Margen führt unweigerlich zu mehr Druck auf die Produzenten/Distributoren, ihre Preise gegenüber dem Handel zu ermässigen, da der Handel nicht bereit ist, seine Margen beliebig weit zu senken und billigere Preise auf diese Weise selbst zu finanzieren.⁸³ Genau aus diesem Grund müssen die *Sell-in-Preise* möglichst hoch gehalten werden, um die Abwärtsspirale bei den Endpreisen zu stoppen. Anders lässt sich der Wortlaut des Komitee-Protokolls nicht erklären "*qu'il convient d'éviter absolument un engrenage à la baisse.*" Denn, wenn sich sinkende Nettopreise nicht auf die Herstellerpreise auswirken würden, gäbe es auch keinen Grund für die Hersteller festzustellen, es gelte absolut eine Abwärtsspirale zu verhindern. Die Retailer bestätigen zudem, dass sich eine Verteuerung der Bruttopreise in einer Erhöhung der Nettopreise niederschlägt (Rz 97).

Parallele Sonderaktionen

64. In den gleichen Zusammenhang ist die Besorgnis des Komitees der ASCOPA über parallel durchgeführte Sonderangebote von mehreren Marken in grossen Verkaufshäusern zu rücken.⁸⁴ Nach Meinung des Komitees unterdrückten solche Aktionen den Ereignischarakter eines Sonderangebots und verursachten unnütze Kosten. Es sei eine Frage der Disziplin unter den Marken parallele Sonderaktionen zu vermeiden. Sie müssten sich entweder untereinander arrangieren oder sich zurückziehen. Um Parallel-Aktionen zu verhindern, müsse man seine Planung den Verkaufspunkten genügend im Voraus bekanntgeben und Exklusivität verlangen.⁸⁵ Solche gleichzeitig durchgeführten Verkaufsaktionen sollen nur möglich sein, wenn auf der einen Seite ein Parfüm und auf der anderen Seite ein Kosmetik-Produkt nebeneinander angeboten würden.⁸⁶

Verkaufsförderungsaktionen

65. Am 11. Februar 2003 heisst es, die Marken müssten vorsichtig agieren im Bezug auf den wilden Konkurrenzkampf (zwischen Marionnaud, Import Parfümerie und Douglas) und direkt bei ihren Klienten intervenieren, um diese zügellosen ("*cette débauche*") Verkaufsförderungsaktionen oder Rabatte zu bremsen.⁸⁷

Erosion der Preise

66. Als LeShop.ch (Online-Shop von Migros) auf dem Internet eine Auswahl selektiv vertriebener Produkte anbot, welche von Sun Store bezogen worden waren, intervenierte ASCOPA.⁸⁸ Es kam zu einem Treffen im Verlauf des Frühlings 2005, an dem Sun Store gebeten wurde, diese Produkte von der Internetseite zu entfernen.⁸⁹ Das Komitee beschloss in einer nachfolgenden

Sitzung, den Mitgliedern der ASCOPA zu empfehlen, Sun Store ein ähnlich lautendes Schreiben zu senden. Darin sollte darauf hingewiesen werden, dass, sofern Sun Store die von ihm vertriebenen Produkte nicht von der Internetseite von LeShop.ch zurückziehe, die Marken keine Werbung mehr im Journal von Sun Store publizieren würden.⁹⁰ Dieser Aufforderung wurde Folge geleistet. Die Komitee-Mitglieder erhielten jeweils eine Kopie der Korrespondenz der übrigen ASCOPA-Mitglieder mit Sun Store. In der Folge zog Sun Store seine Produkte von der LeShop.ch-Seite zurück.⁹¹ Allerdings richtete Le Shop.ch danach ein eigenes Internet-Abteil für Parfümerie-Produkte ein.⁹² Diese Episode zeigt, dass einerseits der selektive Vertrieb geschützt werden sollte. Hintergründig sollte damit andererseits auch eine Erosion des Preisgefüges verhindert werden, da Migros die Waren zu billigeren Preisen anbot. Bereits im Jahr 2004 hatte sich ASCOPA dafür eingesetzt, dass Migros keinen Hard Discount betreiben und sich den „Marktpreisen“ anpassen würde.⁹³

Parallelimporte

67. Ein weiteres Problem im Hinblick auf Produktpreise stellten aus der Sicht der ASCOPA Parallelimporte dar. So wurde anlässlich einer Komitee-Sitzung vom 11. Februar 2004 beanstandet, dass Migros Parallelimporte über ein ausländisches Unternehmen tätige. Gleichzeitig wurde festgehalten, dass bis anhin nur gegen Globus Handlungen unternommen worden seien, um Parallelimporte zu bekämpfen.⁹⁴ Die gleiche Problematik wird anlässlich einer Komitee-Sitzung vom 30. Mai 2006 behandelt. Im Rahmen der Sitzung hält ein Unternehmensvertreter fest, es bestehe das Risiko, dass die Verkaufspunkte von Müller via Deutschland beliefert würden. Nach einer Diskussion beschlossen die Komitee-Mitglieder daraufhin, dass sie solche Belieferungen über Deutschland verweigern und den Verkauf von Marken von Verkaufspunkt zu Verkaufspunkt zulassen würden, jedoch zu unterschiedlichen Bedingungen als in Deutschland.⁹⁵ Schliesslich hält anlässlich einer Komitee-Sitzung vom 29. Mai 2007 ein Unternehmensvertreter fest, dass es aufgrund des Kartellgesetzes "*von nun an nicht mehr möglich*" sei, Parallelimporte zu verhindern.⁹⁶

⁸⁰ Sell-in-Preise: Preise, welche die Hersteller vom Handel verlangen.

⁸¹ Act. 234, Protokoll vom 11. Februar 2003, 2.

⁸² Act. 569, Frage 15; Act. 564, Frage 15; Act. 571, Frage 15; Act. 562, Frage 16; Act. 579, Frage 14 f.

⁸³ Vgl. die Aussagen von Globus und Douglas Act. 564 Frage 15; Act. 569, Frage 14, 15.

⁸⁴ Act. 2, Beilage A 14, 3.

⁸⁵ Act. 2, Beilage A 10, 2.

⁸⁶ Act. 2, Beilage A 14, 3.

⁸⁷ Act. 234, Protokoll vom 11. Februar 2003, 2.

⁸⁸ Act. 74, Registerblatt 3, Protokoll vom 18. März 2005.

⁸⁹ Act. 74, Registerblatt 3, Protokoll vom 28. April 2005, 3; Act. 74, Registerblatt 3, Protokoll vom 31. August 2005, 2.

⁹⁰ Act. 74, Registerblatt 3, Protokoll vom 28. April 2005, 3.

⁹¹ Act. 74, Registerblatt 3, Protokoll vom 23. November 2005, 2.

⁹² Act. 74, Registerblatt 3, Protokoll vom 8. Februar 2006, 2.

⁹³ Act. 74, Registerblatt 3, vgl. Protokoll vom 11. Februar 2004, 7.

⁹⁴ Act. 74, Registerblatt 3, Protokoll vom 11. Februar 2004.

⁹⁵ Act. 74, Registerblatt 3, Protokoll vom 30. Mai 2006, 2.

⁹⁶ Act. 74, Registerblatt 3, Protokoll vom 29. Mai 2007, 4.

68. Im Zusammenhang mit der Sitzung vom 11. Februar 2004 trägt Clarins vor, die Wettbewerbsbehörden hätten in diesem Zusammenhang erwähnen müssen, dass das Komitee sich ausdrücklich gegen ein abgestimmtes Verhalten entschieden habe. Zwar weil sich die Mitglieder um die Einhaltung des Kartellrechts gesorgt hätten.

69. Vorab ist festzuhalten, dass die bereits gemachten Ausführungen zum Treffen vom 11. Februar 2004 den Tatsachen entsprechen, was auch von Clarins nicht bestritten wird. Dagegen ist der Einwand von Clarins unzutreffend, das Komitee habe sich gegen ein abgestimmtes Verhalten entschieden. Das Komitee lehnte vielmehr den Vorschlag eines Komitee-Mitgliedes ab, wonach alle Marken Migros bedrohen sollten ("*[X] suggère que toutes les marques s'allient pour menacer Migros*"), damit sich Migros nicht mehr auf dem Parallelmarkt eindecke. Da eine solche Bedrohung kartellrechtswidrig sein könnte, entschloss sich das Komitee gegen die Drohung ("*cette mesure pourrait être considérée comme contraire à la législation sur les cartels, le comité décide de renoncer à cette menace*"). Dagegen beschloss das Komitee einen hohen Vertreter der Migros-Verwaltung brieflich zu kontaktieren, um ein erneutes Treffen zwischen ihm und dem ASCOPA-Präsidenten zu vereinbaren. Anlässlich dieses Treffens sollte Migros seine Position in Bezug auf Parallelimporte klären. In einem ersten Treffen mit dem ASCOPA Präsidenten habe derselbe Vertreter sich verpflichtet ("*s'était engagé*"), dass Migros keinen "*hard discount*" betreibe und sich den "*Marktpreisen*" anpassen würde ("*[...] se conformer aux prix du marché.*").⁹⁷

70. Gestützt auf diese und weitere Episoden zum Parallelimport konnten die Wettbewerbsbehörden durchaus annehmen, die Branche habe Preisabwertungen befürchtet und Gegenmassnahmen ergriffen (Rz 57). Clarins' Standpunkt ist folglich unbegründet.

(ii) Parteivorbringen und deren Würdigung

Parteivorbringen im Rahmen der ersten Stellungnahme

71. Die Parteien wenden teilweise ein, die beschriebenen Ereignisse stünden in keinem Zusammenhang mit dem Informationsaustausch. Dieser Einwand überzeugt nicht. Der Zusammenhang liegt auf der Hand:

- a. Einer der Hauptaufgaben von ASCOPA bestand im Informationsaustausch bzw. dessen Organisation. Das Komitee ist das von der Generalversammlung gewählte Exekutivorgan des Verbandes. Seine Aufgaben bestehen u.a. in der Geschäftsführung des Verbandes sowie der Ausführung der GV-Entscheidungen und sämtlicher Vorhaben zur Erfüllung des Vereinszwecks. Zu diesem Aufgabenkreis gehörte folglich auch der Informationsaustausch. Das Komitee war der Hauptakteur der vorstehend beschriebenen Vorkommnisse. Ein Zusammenhang zwischen dem Informationsaustausch und den Handlungen des Komitees ist schon daher gegeben.
- b. Das Komitee bestand überdies ausschliesslich aus Teilnehmern des Informationsaustausches. Wenn also das Komitee Massnahmen ergreift, um der Preiskonkurrenz entgegenzuwirken, darf dies bei der Analyse des Informationsaustausches

nicht verschwiegen werden, sondern muss in diesen Zusammenhang gerückt werden.

72. Soweit die Parteien vorbringen, die beschriebenen Sachverhalte seien gar nicht umgesetzt worden, verkennen sie, dass vorliegend nicht entscheidend ist, ob die vorstehend beschriebenen Massnahmen erfolgreich umgesetzt werden konnten. Entscheidend ist, dass die Sachverhalte den Willen des geschäftsführenden Organs der ASCOPA dokumentieren, die Preiskonkurrenz einzudämmen.

73. Entgegen der Ansicht der Parteien spielt es zudem keine Rolle, ob jedes Unternehmen bei den beschriebenen Ereignissen zugegen oder direkt beteiligt war. Einerseits kam dem Komitee laut Verbandsstatuten die Geschäftsführungspflicht zu, die nicht von allen Mitgliedern gleichzeitig besorgt werden konnte. Andererseits stützten die ASCOPA-Mitglieder mit ihrer Wahl des Komitees (vgl. Rz 10) und ihrer Beteiligung am Informationsaustausch die Verbandspolitik. Hätten sie die Verbandspolitik und die Vorgehensweise des Komitees nicht gutgeheissen, wäre ihnen jederzeit der Austritt aus dem Verband offen gestanden.

74. Die Parteien geben ferner zu bedenken, sämtliche Vorkommnisse hätten sich vor 2004 abgespielt und dürften demnach für die Untersuchung nicht beachtet werden. Dieser Einwand ist, soweit er die in Rz 66 f. beschriebenen Vorkommnisse betrifft, unzutreffend und geht auch in Bezug auf die übrigen Sachverhalte ins Leere.

75. Die Parteien berufen sich implizit auf das strafrechtliche Verbot der Rückwirkung. Danach ist das Gesetz nicht auf Taten anzuwenden, welche vor seinem Inkrafttreten begangen wurden.⁹⁸

76. Mit der am 1. April 2004 in Kraft getretenen Kartellrechtsänderung wurde u.a. Art. 49a KG und damit die direkte Sanktionierbarkeit der Verhalten nach Art. 5 Abs. 3 KG eingeführt. Art. 5 Abs. 1 bis 3 KG wurde durch die damalige Gesetzesrevision nicht verändert. Verhaltensweisen, die vor dem 1. April 2004 unter Art. 5 Abs. 1 bis 3 KG subsumierbar wurden, waren also schon davor unzulässig. Es liegt mit Bezug auf die Zulässigkeit der vorliegend zu beurteilenden Sachverhalte folglich keine Rückwirkung vor. Die beschriebenen Vorkommnisse dürfen also ohne weiteres im vorliegenden Fall herangezogen werden, um die Unzulässigkeit des vorliegenden Verhaltens darzulegen.

77. Des Weiteren ist zu beachten, dass das Rückwirkungsverbot nicht für unechte Rückwirkungen gilt. Mit dem Begriff "unechte Rückwirkung" wird die Anwendung von neuem Recht auf Dauersachverhalte beschrieben, welche vor Inkrafttreten des neuen Rechts entstanden, jedoch unter der Geltung des neuen Rechts fortbestehen.⁹⁹

⁹⁷ Act. 74, Registerblatt 3, Protokoll vom 11. Februar 2004, 7.

⁹⁸ PETER POPP/PATRIZIA LEVANTE, in: Basler Kommentar, Strafrecht I, Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), 2007, Art. 2 N 1.

⁹⁹ Vgl. zum Rückwirkungsverbot CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 49a KG N 31 ff.; vgl. ferner STEFAN TRECHSEL/HANS VEST, in: Schweizerisches Strafrechtbuch, Praxiskommentar, Trechsel et al. (Hrsg.), 2008, Art. 2 N 5.

78. Die beschriebenen Vorgänge illustrieren die Befürchtungen der Komitee-Mitglieder um fallende Preise und die in diesem Zusammenhang gewählten Reaktionen darauf. Mit diesen Sachverhalten wird also ein Dauerzustand beschrieben, der bis nach Inkrafttreten des neuen Rechts anhielt. Auch daher gelangt das Rückwirkungsverbot nicht zur Anwendung.

79. Daraus folgt, dass die Wettbewerbsbehörden sämtliche aufgeführten Umstände und Beweismittel heranziehen, um Kartellrechtsverstösse darzulegen. Allerdings könnten die so hergeleiteten Kartellrechtsverstösse lediglich ab dem 1. April 2004 sanktioniert werden.

Parteivorbringen im Rahmen der zweiten Stellungnahme

80. Estée Lauder und sinngemäss Clarins sehen im Beibehalten eines hohen Preisniveaus einen wesentlichen Aspekt für Luxuskosmetika. Es sei gerechtfertigt, dass die ASCOPA-Mitglieder sich für Discountpreise, parallele Sonderaktionen, Verkaufsförderungsaktionen, Preiserosionen und Parallelimporte interessierten und darüber auch ihre Besorgnis ausdrückten. Dies zeige nicht den Willen die Preiskonkurrenz einzudämmen, sondern die Reputation der Produkte aufrechtzuhalten.

81. Zu den Vorträgen von Estée Lauder und Clarins ist folgendes festzuhalten: Vorab zeigt sich der Wille der Parteien zur Wettbewerbsbeschränkung nicht einzig aus den hier aufgelisteten Vorkommnissen. Wie dies das Sekretariat in seinem Antrag vom 20. Mai 2011 ausdrücklich festgehalten hat (vgl. unten Rz 241), folgt dies auch aus dem Informationsaustausch als solchem. Zudem übersehen Estée Lauder und Clarins, dass das Sekretariat nicht bloss deren individuellen Interessen und Besorgnisse aufgezeigt. Vielmehr zeigt das Sekretariat auf, dass sie sich a) darüber mit ihren Konkurrenten unterhalten haben und b) auch zusammen mit ihren Konkurrenten Gegenmassnahmen beschlossen haben. Eine solche Vorgehensweise geht über einen allfälligen Reputationsschutz hinaus.

A.3.2.6 Nutzen des Austausches von Bruttoverkaufspreisen und unverbindliche Wiederverkaufspreisempfehlungen

82. Der Nutzen des Austausches von Bruttopreislisten ist im Zusammenhang mit den Befürchtungen um die Preisabwertung zu betrachten. Wie anschliessend aufgezeigt wird, ermöglichte der Austausch der Bruttopreislisten den Parteien, (i) bei der Preisfestsetzung Vergleichsprodukte heranzuziehen, (ii) die Händlermargen einzuschätzen und auf die Rabattkonditionen der Konkurrenten zurückzuschliessen und schliesslich (iii) die Endverkaufspreise abzuschätzen sowie die Sell-in-Preise zu berechnen. Ein kurzes Fazit (iv) schliesst die Darstellung des Nutzens des Preislisten austausches ab.

(i) Heranziehen von Vergleichsprodukten bei der Preisfestsetzung

Vorbringen der Parteien

83. In Bezug auf den Nutzen des Bruttopreislisten austausches geben die Parteien teilweise zu bedenken, aufgrund der grossen Menge von Produkten sei ein Vergleich der Produkte nicht möglich gewesen.

84. Die Antworten der Parteien bezüglich des Nutzens des Preislisten austausches im Rahmen des Fragebogens vom 6. April 2009 fielen unterschiedlich aus. Arval, Doyat Diffusion, Star Cos, Parfums de Luxe und Parlux gaben keine Antwort auf die Frage, HJD konnte mangels Teilnahme keine Antwort geben und Dicopar war nicht auf dem relevanten Markt tätig, weshalb deren Antwort nicht in Betracht gezogen wird.¹⁰⁰

85. Clarins, Deurocos, La Prairie, Puig, Richemont, Sisley gehen zusammengefasst davon aus, der Preislisten austausch habe keinen Nutzen für sie gehabt.¹⁰¹ In diesem Zusammenhang ist auch das Vorbringen zu erwähnen, die Preise würden auf europäischer Ebene von den Mutterhäusern festgesetzt.

86. Die Angaben von Bergerat, Chanel, Dior, Elizabeth Arden, Estée Lauder, Kanebo Cosmetics, PC Parfums, Tanner, Tschanz und Wodma gehen im Wesentlichen davon aus, dass man aus dem Austausch die Tendenzen des Marktes erkennen habe können.¹⁰² YSL meint, dass der Austausch erlaubte, das Funktionieren des Marktes und die wirtschaftlichen Leistungen von YSL zu evaluieren.¹⁰³

87. Beauté Prestige sah im Austausch eine Vergleichsmöglichkeit mit den eigenen Preisen. Bulgari und Coty¹⁰⁴ unterstrichen die Möglichkeit eines Benchmarking. Gemäss Bulgari eröffnete der Austausch den Unternehmen die Möglichkeit, die Konkurrenz bzw. das Preisumfeld zu analysieren.

88. L'Oréal meint, der Bruttopreislisten austausch habe dazu beigetragen, eine kompetitive Preispolitik zu entwickeln und die Segmente oder Marken ermitteln zu können, bei denen es sich lohne aggressiver in der Preisfestsetzung zu sein.¹⁰⁵

Zur Vergleichbarkeit

89. Als erstes ist anzumerken, dass das Argument, die Produkte könnten nicht miteinander verglichen werden, durch die Tatsache widerlegt wird, dass während Jahren Vergleichslisten der Bruttoverkaufspreise erstellt wurden (vgl. A.3.2.1). Daraus lässt sich ersehen, dass entgegen den Parteivorbringen die dort aufgeführten Produkte

¹⁰⁰ Vgl. die Antworten auf Frage 19 des Fragebogens vom 6. April 2009: Arval Act.226, Doyat Diffusion Act. 176, Star Cos Act 165. Parfums de Luxe Act. 187 macht zwar Angaben, via Internet oder Kundenmagazine nützliche Preisinformationen erhalten zu können, gibt aber keine Antwort auf die Frage. Parlux Act. 120, Parlux meint nie nützliche Informationen über Preise erhalten zu haben, weshalb das Unternehmen keine näheren Angaben machte. HJD Act 182/211; Dicopar Act. 177.

¹⁰¹ Vgl. die Antworten auf Frage 19 des Fragebogens vom 6. April 2009: Clarins Act. 168, Deurocos Act. 132, La Prairie Act. 194, Puig Act. 131, Richemont Act. 210, Sisley Act. 196.

¹⁰² Vgl. die Antworten auf Frage 19 des Fragebogens vom 6. April 2009: Bergerat Act. 153, Chanel Act. 136, Dior Act. 137, Estée Lauder Act. 160, Kanebo Cosmetics Act. 190, PC Parfums Act. 147, Tanner Act. 189, Tschanz Act. 128 und Wodma Act. 183.

¹⁰³ Vgl. die Antwort auf Frage 19 des Fragebogens vom 6. April 2009.

¹⁰⁴ Vgl. die Antworten auf Frage 19 des Fragebogens vom 6. April 2009: Beauté Prestige Act. 193, Bulgari Act. 175, Coty Act. 195

¹⁰⁵ Vgl. die Antwort auf Frage 19 des Fragebogens vom 6. April 2009: L'Oréal Act 171.

vergleichbar waren und auch ein direkter Preisvergleich dieser Produkte vorgenommen wurde. Dies wird auch durch die Umfrage der Grosshandelspreise aufgezeigt, im Rahmen derer nicht nur die Preise, sondern auch die prozentuale Erhöhung der Markenpreise thematisiert wurde. Die Preise konnten auch noch miteinander verglichen werden, als der Verband keine Vergleichslisten mehr erstellte und die Parteien nur noch Bruttopreislisten untereinander austauschten. Denn ein grosser Teil der Produkte blieb identisch weiter bestehen (vgl. die Darstellung der Preisentwicklungen der Topsellerprodukte u. B.4.4.3) oder liess sich zumindest über die Quantität und Art des Produktes, dem Prestige (messbar durch das Ranking der Topseller-Produkte) sowie der Zugehörigkeit zu einem Preissegment weiterhin vergleichen (vgl. Rz 34 ff.). Ferner bezeichneten die Unternehmen bei der Beantwortung der Fragebogen jeweils verschiedene Unternehmen als ihre Hauptkonkurrenten in Bezug auf Preis, Produktqualität und Markenstärke im Bereich Parfüm, Make-up und Pflege.¹⁰⁶ Wären die Produktgruppen nicht klar miteinander vergleichbar, liessen sich auch keine Konkurrenten bezeichnen. Schliesslich ist grundsätzlich zu bemerken, dass der Austausch von Angaben nicht vergleichbarer Produkte keinerlei Sinn macht.

90. Beauté Prestige, Coty, Bulgari und L'Oréal räumen eine Vergleichbarkeit denn auch ein. Beauté Prestige sieht den Nutzen des Austausches direkt in der Vergleichbarkeit der Preise. Zum von Coty und Bulgari erwähnten Benchmarking muss begriffsnotwendig ein Vergleichsprodukt oder ein Gruppe von Produkten herangezogen werden und die von L'Oréal aufgeführte angebliche Vorbereitung einer kompetitive Preispolitik kann nur mit Bezug auf vergleichbare Konkurrenzprodukte betrieben werden.

91. Dieser Schluss findet sich durch die Angabe einer Selbstanzeigerin bestätigt, wonach bei einer Produktneulancierung ein Konkurrenzprodukt als Vergleichsmarke herangezogen worden sei. Anhand der ausgetauschten Preislisten im Rahmen von ASCOPA habe analysiert werden können, in welchem Preissegment das Vergleichsprodukt angesiedelt war.¹⁰⁷

92. Der Austausch der Bruttopreislisten ermöglichte es den Parteien sämtliche Produktpreise – also auch die Preise von Pflege- und Make-up-Produkten – miteinander zu vergleichen. Die Vergleichsbasis war also wesentlich breiter, als bei den erwähnten Vergleichslisten der Bruttopreise (A.3.2.1).

Zur Preisfestsetzung

93. Gemäss Import, Globus, Douglas, Manor und Sun Store wurden die Bruttopreislisten nicht mehrere Male im Jahre angepasst, sondern meistens einmal im Jahr.¹⁰⁸

Die sogenannten Jahresgespräche mit den Herstellern/Distributoren finden entsprechend einmal im Jahr statt, in der Regel im Herbst.¹⁰⁹ Im Rahmen dieser Verhandlungen wurden die Einkaufskonditionen festgesetzt. Es wurde nicht über einzelne Preise verhandelt, sondern die Bruttopreislisten dienten als vorgegebene Verhandlungsbasis.¹¹⁰ Wie aus der obenstehenden Tabelle (Rz 50) ersichtlich ist, wurden auch Preislisten im ersten Semester des Jahres ausgetauscht, während die Jahresgespräche im zweiten Semester stattfanden. Diesfalls

konnten die Parteien in Kenntnis der aktuellen Bruttopreise der Konkurrenz Verhandlungen mit den Händlern führen.

94. Unabhängig davon, ob die Preise bereits vor der aktuellen Verhandlungsrunde bekannt waren, versetzte der jahrelange Einblick in die Preissetzung der Konkurrenten die Parteien in die Lage, die Preissetzung der Konkurrenten im Folgesemester einzuschätzen. Sah ein Unternehmen etwa, dass das direkte Konkurrenzprodukt seit Jahren immer in einem bestimmten Umfang teurer wurde oder dessen Preis seit Jahren gleich blieb, konnte es seine Preise ebenfalls erhöhen, ohne in Bezug auf die Preissetzung Wettbewerbsnachteile befürchten zu müssen. Die Parteien konnten die genaue Höhe und den Umfang des Preisanstieges nicht antizipieren, jedoch war eine relativ genaue Einschätzung möglich, in welchem Umfang und bei welchen Produkten Preiserhöhungen erfolgreich bei den Händlern durchgesetzt werden konnten.

95. Eine Selbstanzeigerin gibt übereinstimmend damit an, die Preislisten der Wettbewerber hätten auch als Referenz bei allfälligen Preiserhöhungen gedient. Wenn die anderen Mitglieder über Monate immer die gleichen Preislisten geschickt hätten, seien folglich keine Preiserhöhung vorgenommen worden. Dies habe ein am Informationsaustausch beteiligtes Unternehmen als Hinweis werten können, dass momentan ein günstiger Zeitpunkt für eine Preiserhöhung war bzw. eben nicht.¹¹¹

96. Darüber hinaus ist der Umstand hervorzuheben, dass die Bruttopreise normalerweise geheim waren (vgl. Rz 49). Der Austausch der Bruttopreislisten, erlaubte es den Parteien überhaupt zu erkennen, ob der Bruttopreis eines Konkurrenzproduktes in demselben Preissegment verändert worden war. Im Unterschied dazu wäre es für die Parteien nur schwierig zu erkennen gewesen, ob der Bruttopreis geändert hatte, wenn sie bloss die Endverkaufspreisentwicklungen nachverfolgt hätten.

97. Da der Austausch über zahlreiche Jahre betrieben wurde, konnten die Parteien die Bruttopreisentwicklung und deren Wirkung auf die publizierten Endverkaufspreise über die ganze Zeitspanne verfolgen. Wie aufgezeigt, befürchteten die ASCOPA-Mitglieder einen Preiszerfall auf der Nettopreisebene. Diesem konnte durch eine möglichst hohe Preissetzung auf der Bruttoebene begegnet werden. Eine Erhöhung eines Bruttopreises führt gemäss Aussagen von Globus, Douglas, Sun Store unweigerlich zu einem höheren Nettopreis (vgl. ferner Rz 515 ff.).¹¹²

¹⁰⁶ Ordner I&II, Fragebogen für Hersteller, Importeure und Lieferanten von Parfümerie- und Kosmetikprodukten, Antworten der Untersuchungsadressaten auf Frage 13.

¹⁰⁷ Act. [...].

¹⁰⁸ Act. 562, Frage 21; Act. 564, Frage 21; Act. 569, Frage 20; Act. 571, Frage 20; Act. 579, Frage 22.

¹⁰⁹ Act. 579, Frage 25; Act. 569, Frage 23; Act. 562, Frage 21; Act. 564, Frage 23; Act. 572, Frage 25.

¹¹⁰ Act. 562, Frage 22; Act. 569, Frage 24; Act. 564, Frage 21; Act. 572, Frage 23.

¹¹¹ Act. [...].

¹¹² Act. 579, Frage 16; Act. 569, Frage 15; Act. 564, Frage 15.

Zu den übrigen Vorbringen

98. Clarins, Deurocos, La Prairie, Puig, Richemont, Sisley geben an, der Austausch habe keinen Nutzen. Bergerat, Chanel, Dior, Elizabeth Arden, Estée Lauder, Kanebo Cosmetics, PC Pafums, Tanner, Tschanz und Wodma meinen, der Austausch habe es erlaubt, Markttendenzen zu erkennen. Erstere Aussagen sind nicht plausibel und letztere zu unbestimmt, um einen Erkenntniswert zu haben.

99. Erstens gibt es keinen nachvollziehbaren Grund, weshalb die Parteien über Jahre Preislisten, welche Geschäftsgeheimnisse darstellen, mit Konkurrenzunternehmen austauschen sollten, wenn diese völlig nutzlos gewesen wären. Zudem kann sich das Erkennen von Markttendenzen nur auf Preisentwicklungen beziehen. Das heisst, der Einblick in die Bruttopreislisten der Konkurrenz ermöglichte es, die Preise miteinander zu vergleichen. Ein Vergleich ist zudem nur dann sinnvoll, wenn die Möglichkeit besteht, allenfalls Anpassungen der eigenen Preise vorzunehmen.

100. Zweitens figurierten auch Clarins (mit *Azzaro, Clarins, Hermès, Thierry Mugler*), Deurocos (mit *Chopard, Giorgio Beverly Hills, Hugo Boss, Laura Biagiotti, Revlon*), La Prairie Group (mit *Juvena*), Puig (mit *Carolina Herrera, Lalique, Nina Ricci, Paco Rabanne*), Richemont (mit *Cartier*), Sisley (mit *Sisley*) mit den in Klammern genannten Marken bereits in der Preisvergleichsliste von 2001, was ihnen also die Möglichkeit zu einem Preisvergleich und einer Reaktion auf Preisveränderungen eröffnete.¹¹³

101. Auch der Hinweis, die Preise seien von den Mutterhäusern festgesetzt worden, vermag die Nützlichkeit eines Bruttopreislisten austausches nicht zu schmälern. Auch wenn ein Mutterhaus seine Preise europaweit festsetzt, sind die Bruttopreise nicht in jedem Land die gleichen. Die Mutterhäuser mögen zwar zentral einen Grundpreis festgesetzt haben, der für jedes Land mit einem Koeffizienten multipliziert wurde, um auf diese Weise die Bruttopreise jedes Landes festzulegen. Die Koeffizienten basieren aber gezwungenermassen auf Marktangaben jedes einzelnen Landes.¹¹⁴ Die Kenntnis der in einem Land gültigen Bruttopreise konnte von den Muttergesellschaften also für die Festlegung der Koeffizienten herbeigezogen werden.

102. Ferner verhindert die zentrale Festlegung der Bruttopreislisten nicht, dass die einzelnen Ländergesellschaften in Kenntnis der Bruttopreise der Konkurrenz (bzw. der Preisverhandlungsbasis) in die Verhandlung mit den Händlern treten und anhand der gewährten Rabatte Einfluss auf die Preissetzung nehmen konnten.

(ii) Einschätzung der Händlermargen und Rückschluss auf Rabattkonditionen

103. Die Parteien bringen vor, die Bruttopreislisten würden es den Austauschparteien nicht erlauben, die tatsächlich mit den Händlern ausgehandelten und bezahlten Preise zu erfahren. Sie gäben keine Auskunft über die den Händlern gewährten Rabatte.

104. Die Rabattstrukturen werden im Rahmen der Erheblichkeitsanalyse genauer betrachtet (vgl. Rz 515 ff.). Vorab sei angemerkt, dass diese Einwände teilweise

berechtigt sind. Der Bruttopreislisten austausch ermöglichte es den Parteien, die Verhandlungsgrundlage ihrer Konkurrenten zu kennen, nicht jedoch das exakte Verhandlungsergebnis. Um die genauen von den Konkurrenten gewährten Rabatte und damit die von den Händlern bezahlten Preise zu kennen, hätten diese Angaben ebenfalls ausgetauscht werden müssen. Hierzu liegen jedoch keine Beweise vor.

105. Allerdings konnte die ungefähre Höhe der Rabatte ermittelt werden, welche die Konkurrenz den Wiederverkäufern gewährte. Wie unten dargelegt, wurden die Rabatte gesamthaft, basierend auf die bezogenen Gesamt mengen gewährt, es wurden keine Einzelpreise verhandelt (vgl. Rz 515). Jedes ASCOPA-Mitglied konnte die Marge, welche der Händler mit seinen Produkten erzielte, und konnte davon ausgehen, dass die Marge des Händlers auf die Konkurrenzprodukte in etwa mit dieser übereinstimmen würde. Je nach Marktstärke seiner Konkurrenten konnte er einschätzen, ob die Marge allenfalls etwas höher oder tiefer ausfallen würde. Die Bruttopreislisten konnten von den Parteien herangezogen werden, um abzuklären, ob diese Einschätzungen realistisch waren. Zudem konnten die Parteien zur Berechnung der Sell-in-Preise die Koeffizienten heranziehen, mit denen die vereinbarten Verkaufspreise multipliziert wurden (vgl. Rz 107). Die ungefähre Kenntnis der Rabattstrukturen der Konkurrenz erlaubte es dem Informationsempfänger, mit diesen zusätzlichen Kenntnissen in die Verhandlungen mit den Händlern zu treten und sich dem Konkurrenten gegebenenfalls anzupassen.

106. Die autonome Anpassung an das Konkurrenzverhalten ist an sich ein normaler Vorgang. Die Anpassung ist jedoch wettbewerbsverfälschend, wenn vorher Bruttopreislisten ausgetauscht wurden. Aus diesen Bruttopreislisten kann ersehen werden, ob es sich lohnt die Bruttopreise zu erhöhen, sofern die Preise der Vergleichsprodukte der Konkurrenten angestiegen sind. Dem Wettbewerber eröffnet sich damit also die Möglichkeit, das Preisniveau auf Bruttopreiseebene höher zu halten, als dies ohne Kenntnis der Bruttopreise der Konkurrenten der Fall gewesen wäre. Denn er weiss, dass wenn seine Konkurrenten ihre Preise erhöht haben, er seine Preise ebenfalls anheben kann, ohne Gefahr zu laufen aufgrund dessen einen Wettbewerbsnachteil zu erleiden. Da er die Bruttopreislisten über Jahre erhält, kann er auch ersehen, wie die Preissetzung seiner Konkurrenten verlief. Stiegen die Preise über die Jahre konstant, kann er davon ausgehen, dass sie dies auch weiterhin tun werden. Zudem kann er seine Annahme jedes Mal auf ihre Richtigkeit prüfen. In Anbetracht der von ASCOPA gefürchteten Preisabwertung ist der Anreiz, die Bruttopreise möglichst hoch anzusetzen, entsprechend gross.

¹¹³ Act. 79, Dokument B1.

¹¹⁴ Vgl. die Ausführungen von Bulgari Act. 435, Rz 169.

(iii) Abschätzung der Endverkaufspreise und Berechnung Sell-in-Preis

107. Gemäss Parteiangaben hätten aufgrund der Bruttopreise im Übrigen auch in etwa die Endverkaufspreise abgeschätzt werden können. Der Endverkaufspreis berechne sich aufgrund der Formel: $\text{Bruttopreis} \times [\text{Koeffizient}] = \text{Endverkaufspreis}$.¹¹⁵ Dieser Koeffizient stimmt nicht für jeden Händler. Allerdings konnte der Koeffizient jedes Unternehmens von den Parteien berechnet werden, indem der vereinbarte Sell-in-Preis dem publizierten Endverkaufspreis gegenübergestellt wurde.

108. Interessant seien des Weiteren die Angabe der ungefähren Endverkaufspreise oder unverbindlichen Preisempfehlungen gewesen (vgl. hierzu Rz 48). Gestützt darauf hätten die zu erwartenden Verkaufspreise der Konkurrenz in etwa abgeschätzt werden können. Ferner sei daraus ersichtlich gewesen, wo die eigenen Produkte im Vergleich zur Konkurrenz positioniert gewesen seien.¹¹⁶ Die Endverkaufspreise konnten also nicht nur mittels der genannten Formel hergeleitet werden, sondern auch aufgrund der von dreizehn Mitglieder-Unternehmen zur Verfügung stehenden empfohlenen Wiederverkaufspreise (Bulgari, Cartier, Clarins, Deurocos, Doyat Diffusion, Elisabeth Arden, Estée Lauder, Kanebo, Juvena, Star Cos Sàrl, Tanner, Tschanz und YSL)¹¹⁷.

109. Setzte der einzelne Hersteller/Distributor schliesslich voraus, dass der Koeffizient mit dem ein Händler seine Einkaufspreise multipliziert, um den Endverkaufspreis festzulegen, bei allen Konkurrenzunternehmen derselbe sei, konnte er auch die Sell-in-Preise der Konkurrenten berechnen. Dazu musste er den Endverkaufspreis durch diesen Koeffizienten teilen. Wie erwähnt, kannte jeder Hersteller ausserdem die Höhe der Marge, die der Händler mit seinen Produkten erzielte, und konnte davon ausgehen, dass die Marge des Händlers auf die Konkurrenzprodukte in etwa mit dieser übereinstimmen würde. Er brauchte also vom Endverkaufspreis lediglich die Marge zu subtrahieren, um die ungefähren Sell-in-Preise der Konkurrenz relativ genau einzuschätzen. Der Vergleich dieser Differenz mit den Bruttopreislisen erlaubte es den Parteien ferner, die ungefähren Rabatte der Konkurrenten zu berechnen.

(iv) Fazit

110. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass der Austausch der Preislisten geeignet war, die Preispolitik der beteiligten Unternehmen zu beeinflussen. Er ermöglichte den Parteien, das Preisverhalten ihrer Wettbewerber nachzuvollziehen und ihre eigenen Bruttopreise den Konkurrenten anzupassen. Sie konnten dem beklagten Preiszerfall auf Nettopreisebene durch eine entsprechende Bruttopreissetzung begegnen. Die Möglichkeit, den Wettbewerb einzuschränken bestand unabhängig davon, ob die Parteien dies tatsächlich beabsichtigten.

111. In Verbindung mit dem übrigen Informationsaustausch führte der Preislisten austausch dazu, dass sich die Preise der Bestsellerprodukte in der unten beschriebenen Weise entwickelten (vgl. B.4.4.3). Der befürchtete Preiszerfall trat nicht ein, vielmehr führte der Informati-

onsaustausch zu einem Kollusionsergebnis auf den relevanten Märkten.

A.3.3 Austausch von Umsatzinformationen

112. Neben Preisinformationen tauschten die Parteien ihre Bruttoumsatzzahlen aus. Die Bruttoumsatzzahlen (auch sell-in genannt) ergeben sich aus der Stückzahl multipliziert mit dem Bruttoverkaufspreis und spiegeln den Betrag wieder, den jedes ASCOPA-Mitglied mit dem Verkauf seiner Produkte an den Handel erzielte.¹¹⁸ Ausgetauscht wurden nur die netto fakturierten Umsätze, das heisst, die Retoursendungen von Klienten waren darin nicht eingerechnet.¹¹⁹

113. Sisley bringt vor, die Retoursendungen seien nicht von den Bruttoumsatzzahlen abgezogen worden,¹²⁰ vermag aber keine Belege vorzubringen, welche ihre Aussagen stützen. Die Behauptung widerspricht zudem den Aussagen des Komitees im Rahmen mehrerer Sitzungen: "[...] *les chiffres d'affaires figurant dans les statistiques de l'ASCOPA correspondent au chiffre d'affaires net facturé (-les retours)*"¹²¹ und der Anmerkung, welche auf den Fragebogen der ASCOPA angebracht waren: "*Important: Les chiffres indiqués doivent correspondre aux chiffres d'affaires de la marque moins les retours.*"¹²²

114. Gemäss Angaben der beiden Selbstanzeigerinnen und den eingereichten Beweismitteln wurden die Umsatzinformationen monatlich (vgl. A.3.3.1), vierteljährlich (vgl. A.3.3.2) und jährlich (vgl. A.3.3.3) in vom Verband vorgegebener Weise ausgetauscht.¹²³

¹¹⁵ Act. 87, Protokoll der Einvernahme von ASCOPA vom 11. März 2009, 3.

¹¹⁶ Act. 170, Rz 20.

¹¹⁷ Bulgari (Act. 2 Beilage B1), Cartier (Act. 2 Beilage B2), Clarins (Act. 2 Beilage B4), Deurocos Cosmetic (Act. 2 Beilage B6), Doyat Diffusion SA (Act. 2 Beilage B7), Elisabeth Arden (Act. 2 Beilage B9), Estée Lauder (Act. 2 Beilage B10), Juvena (Act. 2 Beilage B11), Star Cos Sàrl (Act. 2 Beilage B 23), Tanner (Act. 2 Beilage B 24), Tschanz Distribution (Act. 2 Beilage B 25), YSL Beauté SA (Act. 2 Beilage 28). Marbert Kosmetik GmbH (Act. 2 Beilage B 13), Soparco SA (Act. 2 Beilage B 22) lieferten ebenfalls empfohlene Wiederverkaufspreise. Diese Unternehmen stellten ihre Geschäftsaktivitäten bereits vor Eröffnung der Untersuchung nicht mehr.

¹¹⁸ Im Gegensatz dazu geben die sogenannten "sell-out"-Zahlen Auskunft über den Verkauf des Handels an den Endkonsumenten.

¹¹⁹ Act. 234, Protokoll vom 1. April 2003, 2.; Act. 74, Registerblatt 2, Zusammenfassung Protokoll vom 22. März 2006, 1; Act. 74, Registerblatt 3, Protokoll vom 22. März 2006, 3.

¹²⁰ Act. 442, Rz 66.

¹²¹ Act. 74, Registerblatt 2, Zusammenfassung Protokoll vom 22. März 2006, 1; vgl. auch den Wortlaut Act. 74, Registerblatt 3, Protokoll vom 22. März 2006, 3: *Les membres du comité indiquent à la secrétaire qu'il s'agit du chiffre d'affaires net facturé (-les retours)*; Act. 234, Protokoll vom 1. April 2003, 2: "[...] *le comité confirme que les chiffres communiqués dans les enquêtes de l'ASCOPA doivent correspondre au chiffre d'affaires facturé moins les retours*" [Hervorhebungen durch die Behörden].

¹²² Act. 79, Dokument B6, GV-Protokoll vom 4. Juni 2003, 6 Punkt 12.

¹²³ Act. 2, 4; vgl. Act. 2, Beilage D 36-D 54.

115. ASCOPA forderte dabei die Mitglieder zur Beantwortung der entsprechenden Fragebogen auf.¹²⁴ ASCOPA bearbeitete diese Daten nicht weiter, stellte diese jedoch zusammen und machte sie sämtlichen Mitgliedern zugänglich. Zu Beginn wurden die Zahlen mittels eines auszufüllenden Formulars in Papierform an die ASCOPA zurückgesandt.¹²⁵

A.3.3.1 Monatlich ausgetauschte Bruttoumsatzzahlen

116. Spätestens seit Beginn des Jahres 1993¹²⁶, gemäss Angaben von ASCOPA seit ca. 1978¹²⁷, wurden

monatlich Bruttoumsatzzahlen zwischen den Mitgliedern ausgetauscht. Der Austausch der monatlichen Umsatzangaben wurde im September 2008 eingestellt.¹²⁸

117. Der Austausch wurde bis 2005 mittels eines Formulars betrieben, auf welchem die Bruttoumsatzzahlen einer bestimmten Marke, der Unternehmensname und der Monat des erzielten Umsatzes einzutragen waren. Das Formular war in sechs Produktkategorien (vgl. Abbildung 5) eingeteilt. Zudem hatte jedes Mitglied den Absatz an Retailer und Warenhäuser anzugeben. Das Formular sah folgendermassen aus:

Abbildung 5:

TABLEAU COMPARATIF DES DEPENSES PUBLICITAIRES

PERIODE : 1er semestre 2005

MARQUES	PRODUITS				Total brut	CANAUX DE PUBLICITE					
	Treatment	Make-up	Fragrance women	Men's products		Magazines Journaux	Coopératives (partic. marque)	Mailing	Catalogues Détaillants	Affichage	TV/Cinéma Radio

ASCOPA
98, rue de Saint-Jean
Case postale 5278
1211 Genève 11

INDIQUEZ TOUS LES CHIFFRES EN KFr (000)

Quelle: Act. 2 D10

118. ASCOPA hatte das Unternehmen SZ Informatique mit der Ausarbeitung der Verbandswebsite sowie der Administration des Online-Informationsaustauschsystems, den sogenannten "enquêtes" beauftragt. Daher konnten die Parteien seit Mai 2005 die Daten monatlich elektronisch in eine Intranet-Maske eingeben. Der Intranet-Zugang war den ASCOPA-Mitgliedern vorbehalten und mit einem Passwort geschützt. Jede Partei verfügte über einen Benutzernamen und ein Passwort.¹²⁹

119. Die Daten wurden bis zu Beginn des Jahres 2004 nacherfasst, so dass die elektronische Datenbasis die Umsatzentwicklungen seit Januar 2004 in elektronischer Form abbildete.¹³⁰ Die Marktanteilsberechnungen wurden automatisch vom System durchgeführt. Gleichzeitig war der Detaillierungsgrad der ausgetauschten Umsatzinformationen höher als vor der Einführung der elektronischen Datenerfassung. Die Struktur der Umsatzangaben (vgl. Abbildung 6) war zudem den jährlich erstellten Statistiken von *European Forecast* angepasst.¹³¹ Nunmehr wurden dreizehn Produktkategorien und das jeweilige Subtotal der Kategorien *Skin Care, Colour Cosme-*

tics, Men's non fragrance, Fragrance woman, Fragrance men und Other Products erfasst.

¹²⁴ Act. 2, Beilagen D56-59, D 63.
¹²⁵ Act. 2, Beilagen D1-59.
¹²⁶ Act. 2, Beilage A1 Punkt 5.
¹²⁷ Act. 173, Antwort auf Frage 10.
¹²⁸ Act. 485.1-485.2; Act. 87, Protokoll vom 11. März 2009, 3.
¹²⁹ Act. 1, 8.
¹³⁰ Act. 486.1-486.25.
¹³¹ Act. 85, Protokoll Generalversammlung vom 27. Mai 2005, 7.

Abbildung 6:

15.11.2010

Statistics for November 2005 / Turnover and market shares as from 1.1.

Page 3 of 51

PRODUCTS	Biotherm (Loréal Produits de Luxe S.A.)			Market shares (%)		Market		
	2005	Indice	2004	2005	2004	2005	Indice	2004
Facial Care	342'800	78.31	449'200	3.80	5.57	9'012'939	111.73	8'088'968
Body Care	148'800	86.16	172'700	10.54	13.08	1'398'463	105.95	1'319'908
Sun	2'700	81.82	3'300	2.26	4.21	119'835	152.59	79'403
Other skin care	0	--	0	0.00	0.00	853'712	179.42	364'348
Total skin Care	494'300	79.08	625'200	4.42	8.38	11'184'749	113.79	9'829'683
Face Make-up	24'800	104.20	23'800	0.78	1.10	3'198'412	146.17	2'157'282
Eye Make-up	16'800	90.61	18'500	1.09	0.98	1'542'331	81.71	1'887'648
Lip Products	16'000	48.66	30'700	1.23	1.61	1'217'056	63.76	1'908'720
Nail Products	1'400	29.79	4'700	0.74	1.82	186'178	73.43	257'627
Other Colour	1'400	87.60	1'800	0.13	0.21	1'038'925	139.30	745'841
Total colour cosmetics	58'400	74.91	78'300	0.83	1.14	7'183'902	103.26	8'967'088
Men's non-frag lines	232'000	105.94	219'000	18.39	25.18	1'261'537	145.04	869'788
Women's fragrances	0	--	0	0.00	0.00	12'752'844	120.09	10'618'987
Men's frag lines	0	--	0	0.00	0.00	7'528'942	139.03	5'415'406
Other Products	12'100	63.35	19'100	6.83	17.43	1'771'154	161.63	1'099'604
TOTAL SHIPMENT	797'800	84.64	942'600	1.99	2.79	40'089'128	118.61	33'800'502
Department Stores	(23%) 188'000	103.99	(19%) 177'900	1.73	1.94	(27%) 10'714'973	116.94	(27%) 9'163'183
Retailers	(77%) 612'800	80.14	(81%) 764'700	2.09	3.10	(73%) 29'374'155	119.23	(73%) 24'637'319

Quelle: Auszug Act. 486.47

120. Beinahe sämtliche Mitglieder von ASCOPA beteiligten sich am monatlichen Umsatzaustausch. Lancaster lieferte erst ab 2003 monatliche Umsatzzahlen.¹³² Abbildung 7 gibt die Mitwirkung am Informationsaustausch

detailliert wieder, indem der Namen des jeweiligen Unternehmens und der Monat des Austausches aufgeführt werden. Die dunklen Felder zeigen die Monate auf, in denen die Daten geliefert wurden:

Abbildung 7:

Monatliche Beteiligung am Umsatzaustausch

Jahr	2004												2005												2006												2007												2008											
	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12
Arval	shaded												shaded												shaded												shaded												shaded											
Beauté Prestige	shaded												shaded												shaded												shaded												shaded											
Bergerat	shaded												shaded												shaded												shaded												shaded											
Bulgari	shaded												shaded												shaded												shaded												shaded											
Chanel	shaded												shaded												shaded												shaded												shaded											
Clarins	shaded												shaded												shaded												shaded												shaded											
Coty	shaded												shaded												shaded												shaded												shaded											
Deucos	shaded												shaded												shaded												shaded												shaded											
Dicopar	shaded												shaded												shaded												shaded												shaded											
Diffusion Parfums	shaded												shaded												shaded												shaded												shaded											
Dogat	shaded												shaded												shaded												shaded												shaded											
Diffusion	shaded												shaded												shaded												shaded												shaded											
Arden	shaded												shaded												shaded												shaded												shaded											
HJD	shaded												shaded												shaded												shaded												shaded											
Juvena	shaded												shaded												shaded												shaded												shaded											
Kanebo	shaded												shaded												shaded												shaded												shaded											
La Prairie	shaded												shaded												shaded												shaded												shaded											
Lancaster	shaded												shaded												shaded												shaded												shaded											
Lauder	shaded												shaded												shaded												shaded												shaded											
L'Oréal	shaded												shaded												shaded												shaded												shaded											
P&G	shaded												shaded												shaded												shaded												shaded											
Christian Dior	shaded												shaded												shaded												shaded												shaded											
Parfums de Luxe	shaded												shaded												shaded												shaded												shaded											
Parlux	shaded												shaded												shaded												shaded												shaded											
Diffusion	shaded												shaded												shaded												shaded												shaded											
PC Parfums	shaded												shaded												shaded												shaded												shaded											
Procosa	shaded												shaded												shaded												shaded												shaded											
Puig	shaded												shaded												shaded												shaded												shaded											
Richemont	shaded												shaded												shaded												shaded												shaded											
Sisley	shaded												shaded												shaded												shaded												shaded											
Star Cos	shaded												shaded												shaded												shaded												shaded											
Tanner	shaded												shaded												shaded												shaded												shaded											
Tschanz	shaded												shaded												shaded												shaded												shaded											
Vodma 41	shaded												shaded												shaded												shaded												shaded											
YSL Beauté	shaded												shaded												shaded												shaded												shaded											

Quelle: Website ASCOPA (Act. 486.001-486.175)

¹³² Act. 1, 8.

121. Wie aus den Akten folgt, haben Beauté Prestige, Bergerat, Bulgari, Chanel, Clarins, Deurocos, Doyat Diffusion, Elizabeth Arden, Juvena/La Prairie, Kanebo, Estée Lauder, L'Oréal, P&G, Christian Dior, PC Parfums, Puig, Richemont, Sisley, Tanner, Tschanz, Wodma 41 und YSL Beauté zwischen Januar 2004 bis August 2008 lückenlos jeden Monat Umsatzinformationen geliefert.

122. Entgegen den Vorbringen von Sisley in ihrer Stellungnahme¹³³ ist somit klar, dass auch Sisley über das Jahr 2006 hinaus, Umsatzzahlen geliefert hat. Die letzte Eingabe von Sisley stammt vom 5. September 2008 um 17:53:44.¹³⁴ Ebenso ist erwiesen, dass der Austausch der Umsatzinformationen, entgegen den Behauptungen von Sisley, im September 2008 von den Parteien gleichzeitig eingestellt wurde.¹³⁵

123. Ferner steht fest, dass auch Kanebo entgegen ihrer Stellungnahme, sie habe am Informationsaustausch nie teilgenommen, während der gesamten Zeitperiode von Januar 2004 bis September 2008 ihre Umsatzinformationen geliefert hat. Ihre letzte Eingabe machte sie am 17. September 2008 um 10:26:52.¹³⁶

124. Gesondert zu erwähnen ist Coty. Coty unterteilt seine Produkte in zwei Divisionen "Prestige" und "Beauty." Der Vertrieb der Produkte erfolgt entsprechend über zwei Gesellschaften: Coty und Lancaster. In der Schweiz werden beide Divisionen seit Ende 2006 von einem Unternehmen (Coty) vertrieben.¹³⁷ Bis Ende 2006 erfolgte der Vertrieb der Prestige-Produkte durch Lancaster. Betrachtet man Coty/Lancaster richtigerweise als ein Unternehmen, wird ersichtlich, dass die Partei von Januar 2004 bis September 2008 lückenlos jeden Monat Umsatzdaten geliefert hat.

125. Die Parfums de Luxe trat zu Beginn 2007 in den Markt ein und beteiligte sich ab diesem Zeitpunkt durchweg am Austausch der Umsatzinformationen. Schliesslich lieferten folgende Unternehmen keine Umsatzinformationen: Arval, Dicopar, HJD (Beitritt zu ASCOPA Ende 2008) und die Parlux Diffusion.

126. Die monatlichen Darstellungen konnten mit sämtlichen am Informationsaustausch teilnehmenden Marken und Unternehmen im Excel-Format exportiert werden. Zudem konnten die Parteien einen Umsatzvergleich der rein selektiv vertriebenen Marken ausdrucken.¹³⁸

Schliesslich führte die Darstellung auf, wie viel Umsatz ein Konkurrenzunternehmen prozentual und in absoluten Zahlen mit einer Marke verteilt auf "Retailern" und "Department Stores" erwirtschaftete (vgl. Tabelle Rz 119).

127. Gemäss Intranet-Seite wurden die Umsatzdaten der folgenden rund 148 Marken ausgetauscht (vgl. Abbildung 8). Die selektiv vertriebenen Marken sind mit einem Kreuz gekennzeichnet:

¹³³ Act. 442, Rz 66 f.

¹³⁴ Act. 485.1.

¹³⁵ Act. 485.1 f.

¹³⁶ Act. 485.1.

¹³⁷ Act. 195, Frage 2.

¹³⁸ Act. 486.1-486.113.

Abbildung 8:

Mitglied	Marke	S V	Mitglied	Marke	S V	Mitglied	Marke	S V	Mitglied	Marke	S V
Beauté Prestige	Annayake		Deurocos	Chopard	X	P&G	4711		Procosa	Mustela	
	Michel Comte			Ferragamo			Anna Sui		Puig	Carolina Herrera	X
	Niki de Saint Phalle			Giorgio Beverly Hills			Atkinson			Comme des Garçons	
	Orlane			Hugo Boss			Bogner			Etienne Aigner	
	Ozwald Boateng			Lacoste			Bruno Banani			Lalique	X
	Swiss Perfection			Laura Biagiotti			Chiemsee			Nina Ricci	X
	The Different Company			Marbert			Christina Aguilera			Paco Rabanne	X
Bergerat	Burberry			Nikos	X		Cindy Crawford			Prada	
	Christian Lacroix			Revlon			Dolce & Gabbana			Strivectin	
	Givenchy	X		Ungaro			Dunhill		Richemont	Cartier	X
	Jean-Louis Scherrer			Vivienne Westwood			Escada	X	Sisley	Sisley	X
	Jeanne Gattineau		D.P. Diffusion	Dolce & Gabbana			Extase		Star Cos	Star Cos	
	Phytomer			Versace (bis 2006)			Gabriella Sabatini		Tanner	DSQUARED2	
	Puig						Gerry Weber			Ferrari	
	Van Cleef & Arpels	X	Doyat Diffusion	L. Alvarez			Ghost			Gianfranco Ferrè	
Bulgari	Bulgari	X		Thalgo Cosmetic			Giorgio Beverly Hills			La Perla	
Chanel	Chanel	X	Elizabeth Arden	Elitabeth Arden	X		Gucci	X		Payot	X
Clarins	Azzaro	X		Liz Tayler			Hugo Boss	X		Roberto Cavalli	
	Clarins	X		Britney Spears			Jourdan			Tanner	
	Ferragamo		Estée Lauder	Aramis	X		Lacoste	X	Tschanz Distribution	Leclerc	
	Hermès	X		Clinique	X		Laura Biagiotti	X		Caron	
	Thierry Mugler	X		Estée Lauder	X		Marc O Polo			Valmont	
	Ungaro		HJD				Max Mara		Wodma 41	Issey Miyake	X
Coty/Lancaster	Calvin Klein		Juvena	Juvena	X		Mexx			Jean Paul Gaultier	X
	Cerutti			Marlies Möller			Montblanc	X		Shiseido	X
	Chloé		Kanebo	Costume National			Naomi Campbell		YSL	Alexander Mac Queen	
	Coty /Chopard			Kanebo International	X		Priscilla Presley			Boucheron	X
	Davidoff	X	La Prairie	La Prairie	X		Puma			E. Zegna	
	Gwen Stefani			SBT			Rochas	X		Oscar de la Renta	
	Jennifer Lopez						Strenesse			Roger & Gallet	
	Jette Joop		L'Oréal	Biotherm	X		Tom Tailor	X		Stella	
	Jil Sander	X		Cacharel	X		Trussardi			Van Cleef & Arpels	
	Joop	X		DIESEL	X		Valentino	X		Yves Saint Laurent	X
	Lagerfeld			Giorgio Armani	X		Yardley				
	Lancaster	X		Guy Laroche		Dior	Dior	X			
	Marc Jacobs			Helena Rubinstein	X	Parfums de Luxe	Moschino	X			
	Nikos			Lancôme	X		Versace (ab 2007)	X			
	Sarah Jessica Parker			Paloma Picasso							
	Vera Wang			Ralph Lauren	X	PC Parfums	Guerlain	X			
	Wolfgang Joop	X		Viktor & Rolf			Kenzo	X			

SV: SelektivvertiebX

Quelle: Website ASCOPA (Act. 486.002-486.175)

A.3.3.2 Vierteljährlich ausgetauscht Umsatzzahlen

128. Zwischen 1997¹³⁹ (laut ASCOPA seit 1978¹⁴⁰) und Dezember 2004¹⁴¹ tauschten die Parteien vierteljährliche Umsatzangaben aus. Sie versandten jeweils eine ausge-

¹³⁹ Act. 2, Beilage A3.

¹⁴⁰ Act. 173, Antwort auf Frage 10.

¹⁴¹ Act. 2 Beilagen D39-42, D22 f., D20 f., D3-D6; Act. 79, Dokument B21: Note pour le comité ASCOPA du 28 avril 2005.

füllte Tabelle ans Sekretariat von ASCOPA (vgl. Abbildung 9). Die vierteljährliche Liste war in 28 Produktkategorien unterteilt, wobei ein Subtotal der Kategorien

Treatment, Make-up, Sunproducts, Fragrance Women, Hair Products und Total Woman products sowie Men's Products gebildet wurde:

Abbildung 9:

Marque											Toutes les marques
11	Cleansers, Toners, etc.	232'614	0	0	0	0	0	0	0	0	232'614
12	Day Creams	709'129	0	0	0	0	0	0	0	0	709'129
13	Night Creams	42'431	0	0	0	0	0	0	0	0	42'431
14	Specific Products (Eyes/Masks/Lips)	149'162	0	0	0	0	0	0	0	0	149'162
15	Body Products	33'253	0	0	0	0	0	0	0	0	33'253
16	Skin Coffrets	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
O1	Total Treatment	1'166'589	0	0	0	0	0	0	0	0	1'166'589
21	Nail Make-Up	6'724	0	0	0	13'595	0	0	0	0	20'319
22	Lip Make-Up	39'077	0	0	0	17'917	0	0	0	0	56'994
23	Eye Make-Up	37'636	0	0	0	8'619	0	0	0	0	46'255
24	Face Make-Up	30'562	0	0	0	23'808	0	0	0	0	54'369
25	All Other Make-Up	1'658	0	0	0	0	0	0	0	-26	1'632
26	Make-Up Coffrets	-352	0	0	0	0	0	0	0	0	-352
O2	Total Make-Up	115'305	0	0	0	63'939	0	0	0	-26	179'218
31	Pre & Self Tanning	25'627	0	0	0	-49	0	0	0	0	25'578
32	Tanning	22'186	0	0	0	-187	0	0	0	0	21'999
33	After Sun Products	14'160	0	0	0	0	0	0	0	0	14'160
O3	Total Sun Products	61'973	0	0	0	-236	0	0	0	0	61'738
41	Extracts	0	-224	0	0	2'031	0	0	0	673	2'480
42	Eau de Parfum	0	338'060	10'939	590'847	230'310	0	0	0	54'922	1'225'077
43	Eau de Toilette et Eau de Cologne	49'853	28'803	282'069	85'430	766'491	176'165	0	36'697	16'420	1'441'928
44	Body Cream	8'484	23'293	22'559	59'203	103'351	28'243	0	6'599	6'310	258'042
45	Bath & Shower Products	4'146	5'456	34'264	25'716	59'576	16'851	0	5'302	114	151'423
46	Women's Fragrance Coffret	0	89'217	152'679	40'954	121'960	113'091	0	787	-136	518'553
O4	Total Fragrance Woman	62'483	484'605	502'510	802'150	1'283'717	334'349	0	49'385	78'303	3'597'502
O5	Total Hair Products	402	0	0	0	5'675	0	0	0	0	6'077
	Sous Total Women Products	1'406'753	484'605	502'510	802'150	1'353'096	334'349	0	49'385	78'277	5'011'125
61	Men's Eau de Toilette	0	115'034	728'002	399'614	293'157	0	583'232	0	0	2'119'039
62	After Shave	0	4'069	193'492	45'740	51'852	0	26'700	0	0	321'853
63	Shaving Products	0	0	7'539	0	0	0	0	0	0	7'539
64	Bath & Shower Products	0	1'383	48'129	17'865	17'721	0	36'433	0	0	121'531
65	Skin Care Creams	0	0	20'539	7'320	0	0	17	0	0	27'876
66	Men's Fragrance Coffret	0	0	216'050	99'606	61'169	0	0	0	0	376'825
O6	Total Men's Products	0	120'486	1'213'751	570'144	423'900	0	646'382	0	0	2'974'663
	TOTAL GENERAL	1'406'753	605'090	1'716'261	1'372'293	1'776'996	334'349	646'382	49'385	78'277	7'985'788

142 BMI Ascopa #203.xls

Quelle: Act. 79 Dokument B2

129. Das Sekretariat der ASCOPA wertete die eingesandten Fragebogen aus und übersandte eine Aufstellung der Resultate an die Teilnehmer der "Umfrage". Aus der Aufstellung der ASCOPA war für das betreffende Quartal ersichtlich, welchen Umsatz ein Konkurrenzunternehmen Y mit einem der oben aufgelisteten Produkte der Marke X erzielte und wie sich die Marktanteile verändert hatten im Vergleich zur entsprechenden Vorjahresperiode. Die Erstellung der Auswertungen nahm drei Wochen bis einen Monat in Anspruch.¹⁴² Nur wer am vierteljährlichen Umsatztausch teilnahm und seine Umsatzangaben weitergab, konnte sich an dem von ASCOPA organisierten Informationsaustausch beteiligen.¹⁴³

A.3.3.3 Jährlich ausgetauschte Umsatzzahlen

130. Eine der Selbstanzeigerinnen gibt an, dass im Rahmen von ASCOPA ein Austausch von jährlichen Umsatzangaben stattfand.¹⁴⁴ Wie die verschiedenen Aufstellungen der Jahre 1994 und 1997-2001, den sog. "note d'activité de l'ASCOPA," zeigen, erfolgte dieser Austausch seit spätestens 1994¹⁴⁵ (laut ASCOPA seit 1978¹⁴⁶). Der jährliche Umsatztausch figuriert zudem in Protokollen der Generalversammlung aus den Jahren 1997-1998 sowie 2001-2003.¹⁴⁷ Ferner liegen Schreiben der einen Selbstanzeigerin vom 7. Januar 1999,¹⁴⁸ vom

17. Februar 2000,¹⁴⁹ vom 19. Januar 2003¹⁵⁰ und dem 12. Januar 2004¹⁵¹ vor, mit der sie auf die Aufforderung von ASCOPA reagiert, die "chiffre d'affaires détaillé annuel" zu liefern. Aus diesen Beweismitteln folgt, dass ASCOPA seit 1994 den Austausch von Umsatzdaten organisiert hat und der Austausch zwischen 1997 bis 2004 lückenlos erfolgt ist.

¹⁴² Act. 2, 8; Act. 43, Dokument 7; Act. 79 Dokument B2.

¹⁴³ Act. 74, Registerblatt 3, Protokoll vom 28. April 2005, 3.

¹⁴⁴ Act. 1, 4.

¹⁴⁵ Act. 2 Beilage A2, 1; ferner Act. 2: Beilage A3, 1; Beilage A6, 1; Beilage A8, 1; Beilage A15, 1 "note sur l'activité de l'ASCOPA au cours de l'année 1994/1995, 1997/1998, 1998/1999, 1999/2000, 2000/2001" sowie Act. 2, Beilage A30 Schreiben an alle Teilnehmer der jährlichen Umsatzumfragen.

¹⁴⁶ Act. 173, Antwort auf Frage 10.

¹⁴⁷ Act. 2: Beilage A4, 6; Beilage A5, 6; Beilage A18, 6; Beilage A20, 7;

Act. 85 PV 1/2003, 8.

¹⁴⁸ Act. 2, Beilage D 38.1.

¹⁴⁹ Act. 2, Beilage D 38.2.

¹⁵⁰ Act. 2, Beilage D 19.

¹⁵¹ Act. 2, Beilage D 2.

131. Die Formulierung eines Schreibens der ASCOPA vom 30. Januar 2006 deutet darauf hin, dass die Parteien nicht nur die Umsatzdaten für das Jahr 2006 lieferten, sondern auch im Jahre 2005 die Umsatzzahlen für das Jahre 2004 ausgetauscht haben. Im Schreiben wird wörtlich darauf hingewiesen, dass "wie üblich" ("*comme de coutume*") eine Tabelle für die jährliche detaillierte Zusammenstellung der Umsatzdaten ("*l'enquête annuelle sur les chiffres d'affaires détaillé*") beigelegt werde. Hätte 2005 kein Austausch stattgefunden, bestünde kein Grund im Jahr 2006 zu schreiben, es würden "wie üblich" Umsätze ausgetauscht. Vielmehr hätte das ASCOPA-Sekretariat wohl eine andere Formulierung gewählt, wie z.B. "nach einer Pause werden die Umsätze wieder ausgetauscht." Zudem steht fest, dass die Parteien die Umsatzdaten mindestens zwischen 1997 bis 2004 ununterbrochen ausgetauscht haben. Dieser Umstand spricht dafür, dass der Austausch auch zwischen 2004 und 2006 nicht unterbrochen wurde.

132. Insoweit kann zusammenfassend festgehalten werden, dass die Parteien die jährlichen Umsatzzahlen mindestens von 1994 bis 2006 ausgetauscht haben. Die Parteien übermittelten sich selbstverständlich jeweils die Umsätze des Vorjahres. Das heisst, im Jahre 2006 wurden die Umsatzzahlen für das Jahr 2005 ausgetauscht.

133. Wie die Schreiben der ASCOPA vom Dezember 1999 und dem 30. Januar 2006 aufzeigen, wurden sämtliche ASCOPA-Mitglieder (Adresskopf: *à tous les membres*) aufgefordert, ihre Jahresumsatzangaben zu liefern. Die Unternehmen hatten sämtliche von ihnen geführten Marken anzugeben.¹⁵²

134. Die Aufstellung war in die acht Überkategorien Gesichtspflege, Körperpflege, Haarpflege, Zahnpflege, Make-up, Sonnenschutz, alkoholhaltige Parfümerie für Damen und Herrenprodukte unterteilt. Diese Kategorien wurden weiter in 71 Produktkategorien eingeteilt (vgl. die Darstellung in Anhang I).¹⁵³

135. Was den Teilnehmerkreis des jährlichen Austausch-austausches betrifft, liegen interne Aufstellungen der Selbstanzeigerin vor, in der Sie die Jahresumsätze pro Marke zwischen den Jahren 2002-2006 auflistet.¹⁵⁴ Diese Aufstellung deutet darauf hin, dass zumindest die folgenden Unternehmen am jährlichen Austausch teilgenommen haben: Beauté Prestige, Bergerat, Bulgari, Chanel, Clarins, Deucos, Diffusion, Dior, Elisabeth Arden, Estée Lauder, Juvena/La Prairie, Lancaster (Coty), L'Oréal, P&G, PC Parfums, Puig, Richemont, Sisley, Star Cos, Tanner SA, Tschanz, Wodma, YSL.

136. ASCOPA versandte nach der Datensammlung eine Zusammenstellung der Resultate an die Teilnehmer des Austausch.¹⁵⁵

137. Schliesslich organisierte ASCOPA mindestens zwischen 1997¹⁵⁶ bis 2002¹⁵⁷ auch einen Austausch der Umsatzzahlen pro Sprachregion in der Schweiz. In der von ASCOPA verschickten Tabelle waren die Marke, die Umsatzzahlen des Vorjahres und des gegenwärtigen Jahres sowie die prozentuale Umsatzentwicklung in Bezug auf diese beiden Jahre einzutragen.¹⁵⁸

138. Aus dem Protokoll der Generalversammlung für das Jahr 1997 folgt, dass 154 Marken an diesem Informationsaustausch teilnahmen.¹⁵⁹ Diese Anzahl ent-

spricht etwa den 148 Marken, die bis 2008 am Umsatz-austausch teilgenommen haben (vgl. Rz 126).

A.3.3.4 Disziplinierungsmassnahmen zur Einhaltung des Austausch-austausches

139. Um die Unternehmungen zum Austausch der monatlichen Umsatzangaben anzuhalten, beschloss das Komitee Disziplinierungsmassnahmen einzuführen. Einerseits wurden Unternehmen, welche ihre Daten nicht oder nicht rechtzeitig lieferten, mit dem Ausschluss vom Informationsaustausch bedroht.¹⁶⁰ Andererseits sollten säumige Unternehmen mit einer "Busse" von CHF 200.- pro Marke belegt werden.¹⁶¹ Wie aufgezeigt (vgl. Tabelle Rz 120), lieferten die Parteien, soweit sie auf dem relevanten Markt tätig waren, die Umsatzinformationen lückenlos. Daraus kann geschlossen werden, dass diese Massnahmen zur gewünschten Disziplin führten.

140. Die Parteien brachten in diesem Zusammenhang vor, dass CHF 200.- pro Marke ein zu geringer Betrag sei, um das Abweichen von einer allfälligen Kollusion zu sanktionieren. Es dürfte im vorliegenden Zusammenhang zutreffen, dass der relativ geringe Betrag von CHF 200.- keine Sanktionierung im genannten Sinne darstellt. Hingegen ist zu bedenken, dass Unternehmen wie Beauté Prestige, Bergerat, Clarins, Coty, Deucos, L'Oréal, P&G, Puig und Tanner mit mindestens sechs verschiedenen Marken am Informationsaustausch teilnahmen (vgl. Tabelle Rz 126). Lieferten solche Unternehmen zu spät, entstünden diesen Unternehmen immerhin Unkosten von mindestens CHF 1'200.- pro Monat bzw. CHF 14'400.- pro Jahr. Es ist nicht davon auszugehen, dass die Eingabe der Daten in die zur Verfügung gestellte elektronische Maske einen Arbeitsaufwand verursacht hätte, der höher als diese sogenannten "administrativen Kosten" ausgefallen wäre. Es ist also auch daher wahrscheinlich, dass die Auferlegung der Kosten die Parteien disziplinierte.

A.3.3.5 Nutzen des Austausch-austausches von Bruttoumsatzzahlen

141. Der Austausch der Bruttoumsatzzahlen und dessen Nutzen kann nicht losgelöst vom übrigen Informationsaustausch betrachtet werden. So fand der Austausch nicht nur simultan zum Austausch der Bruttopreislisten und Werbeausgaben statt, sondern hatte auch dieselben Austauschpartner. In der Folge wird daher zur Erklärung des Nutzens der Bruttoumsatzzahlen soweit notwendig Bezug auf den Preislisten- und Werbeausgabenaustausch genommen.

¹⁵² Act. 2, Beilagen D1, D38.1.

¹⁵³ Act. 2, Beilage D1, D38.1.

¹⁵⁴ Act. 2, Beilage E1.

¹⁵⁵ Act. 2, Beilage D1.

¹⁵⁶ Act. 2, Beilagen A4, 6; Beilage A5, 6.

¹⁵⁷ Act. 2, Beilage D 58.

¹⁵⁸ Act. 2, Beilage D 58.

¹⁵⁹ Act. 2, Beilage A4, 6.

¹⁶⁰ Act. 74, Registerblatt 3; Protokoll vom 22. März 2006, 2; Protokoll vom 14. Dezember 2006, 2; Protokoll vom 31. August 2005, 1.

¹⁶¹ Act. 74, Registerblatt 3, Protokoll vom 22. März 2006, 2.

(i) Berechnung der Marktanteile und des Produkt-Erfolgs

Vorbringen der Parteien

142. Im Rahmen der Beantwortung des Fragebogens vom 4. April 2009 machten die Parteien unterschiedliche Angaben zum Nutzen des Austausches der Umsätze. Von Arval, HJD, Star Cos und Dicopar liegen keine Antworten vor. Parlux gab an, keine diesbezüglichen Daten erhalten zu haben, was zumindest für die Jahre 2004-2008 nachweislich (vgl. oben A.3.3.1, A.3.3.2, A.3.3.3) zutrifft.¹⁶²

143. Doyat Diffusion und Richemont sehen keinen Nutzen im Austausch der Informationen. Bergerat, Bulgari, Deurocos, Kanebo, P&G und Parfums de Luxe heben die Möglichkeit die Marktanteile zu berechnen hervor.¹⁶³ In ähnlicher Weise geben Tschanz und Wodma an, dass dadurch die Marktposition der Marken erkannt werden könnten.¹⁶⁴ Puig und Sisley heben die Möglichkeit hervor, das "Gewicht der eigenen Marken" mit Bezug auf die Konkurrenz zu erkennen bzw. deren Wachstum. Sisley weist zudem auf die Vergleichbarkeit mit den Vorjahren hin.¹⁶⁵

144. Chanel, Clarins, Dior, Elizabeth Arden, Estée Lauder, PC Parfums, Tanner und YSL gaben im Wesentlichen an, Marktentwicklungen und Tendenzen aus den ausgetauschten Umsatzzahlen erkennen zu können.¹⁶⁶ Coty hebt erneut die Möglichkeit des Benchmarking hervor, ohne jedoch zu erklären, wie dieses ausgestaltet war.¹⁶⁷

145. L'Oréal sieht den Nutzen darin, die Marktentwicklung zu beobachten und die Segmente bestimmen zu können, wo es sich lohne sich zu "schlagen (se battre)".¹⁶⁸ La Prairie meint, die Umsatzstatistiken dienen dazu abzuschätzen, wie sich das Unternehmen "performancemässig im Verhältnis zum Markt und gegenüber den Konkurrenten" entwickelte, und dienen dazu, eigene Beobachtungen zu bestätigen. Sie seien jedoch nicht Mittel zur "primären systematischen Marktanalyse."¹⁶⁹

Zur Berechnung der Marktanteile

146. Die Vorbringen von Doyat Diffusion und Richemont, wonach dem Austausch der Umsatzinformationen kein Nutzen zukamen, stehen im Widerspruch zum Umstand, dass beide Unternehmen mindestens in der Periode zwischen 2004 und 2008 ihre Umsatzinformationen für jeden Monat geliefert haben und zu den Parteivorgaben, wonach die Umsatzinformationen zur Marktanteilsberechnung herangezogen wurden. In der Folge wird vorerst geprüft, ob die Berechnung der Marktanteile möglich und von Nutzen war.

147. Bei der Beurteilung der Möglichkeit die Marktanteile zu berechnen, ist zwischen den drei aufgestellten Umsatzstatistiken zu unterscheiden: **a)** die jährliche, **b)** die vierteljährliche und **c)** die monatliche.

148. **a)** Die jährliche Statistik war in detaillierte Produktgruppen aufgeschlüsselt (vgl. Anhang I) wie z.B. Mascara oder Parfüms/Extrahits für Damen. Die Angabe der von der Marke erzielten Umsätze liess daher unter Umständen Rückschluss auf die mit einem einzelnen Produkt

erzielten Umsätze auf Produktnummer-Ebene zu. Die nachfolgenden Beispiele verdeutlichen dies:

149. Wie aus einer Preisliste von Puig vom Mai 2005¹⁷⁰ hervorgeht, gibt es von der Marke "Lalique" nur ein einzelnes Après-Rasage-Produkt nämlich das "After Shave Flacon verre 75 ml." Mit der Auflistung des Umsatzes dieses Produktes unter der von ASCOPA aufgeführten Produktgruppe "Produits Après Rasage (lait, after shave)" resultierte also der Umsatz, den Puig mit dem Produkt "After Shave Flacon verre 75 ml" im entsprechenden Jahr erzielt hatte. Als identisches Beispiel kann etwa das einzige in der Preisliste aufgeführte Après-Rasage-Produkt von Sisley – die "Lotion Après Rasage à Aloe Vera 122 ml" – herangezogen werden.¹⁷¹ Weitere Beispiele sind Mon Parfum von Paloma Picasso, Fuel for Life von Diesel, (beide L'Oréal), Happy for men von Clinique (Estée Lauder), Max Mara (P&G), Prada man (Puig), Pour lui von Oscar de la Renta (YSL) und Lovely von Sarah Jessica Parker (Coty) (vgl. Anhang III).¹⁷²

150. Die vorgenannten Beispiele stellten nicht die Regel dar. Üblicherweise konnte aus der jährlichen Statistik lediglich der Umsatz einer Gruppe von Produkten herausgelesen werden. Allerdings erlaubten auch diese Angaben, den Produktumsatz einzelner Produkte genau zu berechnen. Drei Beispiele vermögen dies zu verdeutlichen:

- So gab Dior unter der ASCOPA-Rubrik "Mascara" im Jahr 2007 die Umsätze sämtlicher 19 von Dior produzierten Mascaras an. Die scheinbare Weitläufigkeit der Produktkategorie wurde dadurch relativiert, dass sich diese 19 Mascara preislich in drei Kategorien einteilen liessen. Die elf Mascara des Typs Diorshow, Diorshow Black Out, Diorshow Waterproof und Diorshow Unlimited waren teilweise in verschiedenen Farben erhältlich, hatten jedoch alle denselben Preis. Daneben gab es

¹⁶² Vgl. Antwort auf Frage 19 des Fragebogens vom 6. April 2009: Arval Act. 226, HJD Act. 182/211, Star Cos Act. 165/215 und Dicopar Act. 177 liegen keine Antworten vor; Parlux Act. 120.

¹⁶³ Vgl. die Antworten auf Frage 19 des Fragebogens vom 6. April 2009: Bergerat Act. 153, Bulgari Act. 175, Deurocos Act. 132, Kanebo Act. 190, P&G Act. 218 und Parfums de Luxe Act. 187.

¹⁶⁴ Vgl. Antwort auf Frage 19 des Fragebogens vom 6. April 2009: Tschanz Act. 128, Wodma Act. 183.

¹⁶⁵ Vgl. Antwort auf Frage 19 und 6 des Fragebogens vom 6. April 2009: Puig Act. 131, Sisley Act. 196.

¹⁶⁶ Vgl. die Antworten auf Frage 19 des Fragebogens vom 6. April 2009: Chanel Act. 136, Clarins Act. 168, Dior Act. 137, Elizabeth Arden Act. 188, Estée Lauder Act. 160, PC Parfums Act. 147, Tanner Act. 189, YSL Act. 172.

¹⁶⁷ Vgl. Antwort auf Frage 19 des Fragebogens vom 6. April 2009, Coty Act. 195.

¹⁶⁸ Vgl. Antwort auf Frage 19 des Fragebogens vom 6. April 2009, L'Oréal Act. 171.

¹⁶⁹ Vgl. Antwort auf Frage 19 des Fragebogens vom 6. April 2009, La Prairie Act. 194.

¹⁷⁰ Act. 236, Puig, Preisliste Lalique, Mai 2005.

¹⁷¹ Act. 236, Sisley, Preislisten April 2004, Mai 2005, April 2006, August 2007.

¹⁷² Vgl. Act. 236, Preislisten der angegebenen Marken.

noch vier Mascara des Typs Ultimeyes zu einem um rund CHF 1.70 billigeren Preis und vier des Typs Maximeyes zu einem rund um CHF 2.50 billigeren Preis.¹⁷³ Aus den Angaben konnte ein Konkurrent also herauslesen, welchen Umsatz Dior mit diesen drei Mascaras erwirtschaftete.

- Tanner führte Mascara der Marke T. Le Clerc. Die sieben Mascaras der Marke T. Le Clerc sind in nur zwei verschiedene Preiskategorien unterteilt. Sechs Mascaras in verschiedenen Farben verfügen über denselben Preis und lediglich eine einzige siebte Mascara ist CHF 0.50 teurer.¹⁷⁴ Auch durch die Offenlegung dieser Umsatzdaten gewährt die Partei ihren Konkurrenten einen sehr genauen Einblick in die Umsätze pro Produkt.
- Deurocos führt die Marke Ungaro. Von dieser Marke gibt es lediglich ein einziges Eau de Toilette, allerdings zu verschiedenen Mengen, nämlich "Natural Spray" à 30, 50 und 90 ml.¹⁷⁵ Aus der Angabe der Umsätze in der Kategorie Männer-Eaux de toilette/Eaux de Cologne der Marke Ungaro lassen sich folglich die Umsätze mit diesem Produkt lesen.

151. Den Beispielen ist gemein, dass sich die Produkte innerhalb der Kategorie (Mascara Typ X, Y, Z; Eau de Toilette 30 ml, 50 ml, 90 ml) funktionell nicht unterscheiden. Es reicht daher aus, den zusammengefassten Umsatz der Mascara der Marke Dior bzw. T. Le Clerc oder des Eau de Toilette der Marke Ungaro zu kennen, um präzise Angaben zu den Marktanteilen im Bereich Mascara oder Eau de Toilette zu berechnen. Der Austausch detaillierter Umsatzangaben wäre kaum nützlich gewesen. Denn jeder Konkurrent konnte ohnehin relativ genaue Rückschlüsse auf die umsatzstärksten Mascara-Typen derselben Marke gewinnen, indem er die Preislisten der vergangenen Jahre des Unternehmens verglich. Daraus war ersichtlich, welcher Typ sich im Verlaufe der Jahre gehalten hatte und welche wieder vom Markt verschwanden. Diese Erkenntnis liess sich auch etwa durch Recherchen auf dem Internet oder Augenscheine bei den Verkaufspunkten der umsatzstärksten Händler gewinnen.

152. Wie aus diesen Beispielen ersichtlich wird, konnte auch die ungefähr abgesetzte Menge pro Produktkategorie ermittelt werden. Wie beschrieben war es möglich, in einem ersten Schritt die ausgehandelten Händlerpreise ungefähr zu berechnen (vgl. Rz 105). In einem zweiten Schritt brauchten nur die Umsatzangaben pro Produktkategorie durch diese Preise dividiert zu werden (Umsatz / Preis = ca. abgesetzte Menge). Soweit die Umsatzangaben einer Produktgruppe nur ein einzelnes Produkt umfassten und damit die Produktnummer bekannt war, konnte sogar beinahe auf die Einheit genau berechnet werden, welche Mengen abgesetzt worden waren.

153. **b)** Die vierteljährlichen Umsatzdaten waren eine Aggregationsstufe höher. Das heisst, die Umsatzangaben wurden nach den folgenden sechs Produktkategorien aufteilt: "Treatment", "Make up", "Sun Products", "Fragrance Woman", "Hair" und "Men's Products". Diese Kategorien waren wiederum in Produktgruppen unterteilt, also z.B. "Make up" in die Gruppen Nail make-

up, Lip make-up, Eye make-up, Face make-up, all other Make-up und Make-up-Koffer (vgl. oben Rz 128). Aus dieser Aufstellung konnte folglich lediglich ersehen werden, wie viel Umsatz die Marke Y etwa mit Lippenstift, Lipgloss, Konturstiften und Lippenbalsam (Lip make-up) insgesamt erzielt hatte. Ein Rückschluss auf die verkaufte Menge war in Kombination mit den Bruttopreislisten und den geschätzten Rabatten zwar möglich, doch handelte es sich dabei um relativ grobe Einschätzungen, zumal der genaue Verkaufspreis an den Handel nicht bekannt war. Aufgrund der Umsätze liessen sich hingegen relativ detaillierte Marktanteilsberechnungen vornehmen.

154. **c)** Die monatlichen Umsatzdaten standen seit 2005 (erfasst ab 2004) auf einer tieferen Aggregationsstufe als vor diesem Zeitpunkt (vgl. die Tabellen in Rz 117 und Rz 119). In der neuen Darstellung wurden zwar wie bis anhin lediglich sechs Produktkategorien erfasst, welche sich neu unterschieden in: "Skin Care", "Colour Cosmetics", "Men's non-frag lines", "Womans Fragrance", "Men's Frag lines" und "other Products". Im Unterschied zur vorherigen Darstellung wurden diese Kategorien in Subkategorien aufgeteilt. Die Pflegeprodukte wurden nun in "Facial Care", "Body Care", "Sun" und "Other skin care" aufgeschlüsselt. Die Make-up-Produkte waren neu in "Face Make-up", "Eye Make-up", "Lip Products", "Nail Products" und "Other Colour" unterteilt. Die Männerprodukte waren neu in "Men's frag lines" und "Men's non-frag lines" unterschieden. Die Kategorie "Women's Fragrances" wurde weitergeführt. Neu enthielt die Darstellung die Kategorie "Other Products". Insgesamt wurde die monatliche Darstellung von sechs auf dreizehn Produktkategorien angereichert.

155. Allen Darstellungen (a, b, c) ist gemein, dass sich problemlos eine Marktanteilsberechnung pro Produktkategorie vornehmen liess. Dieser Schluss wird den auch von einer Selbstanzeigerin ausdrücklich bestätigt¹⁷⁶ und auch von Bergerat, Bulgari, Deurocos, Kanebo, P&G, Tschanz und Wodma nicht grundsätzlich in Abrede gestellt (vgl. Rz 143). Die Marktanteilsberechnung wurde seit Einführung der Internetplattform im Mai 2005 zudem automatisch vorgenommen.¹⁷⁷

156. Darüber hinaus offenbarten die jährlichen, vierteljährlichen und monatlichen Darstellungen, welcher Anteil des Gesamtumsatzes einer Marke prozentual und in absoluten Zahlen auf Warenhäuser und Parfümerien entfiel. Die Austauschparteien konnten sich ein klares Bild über die Marktanteile einer Marke einer bestimmten Produktkategorie machen. Wie Import, Manor und Douglas angaben, werden die einkaufte Mengen in der Regel abgesetzt und dies je nachdem mehrere Male im Jahr.¹⁷⁸ Die Hersteller/Distributoren konnten folglich davon ausgehen, dass die Nachfrage, welche sich in den Umsätzen spiegelte, auch den Tatsachen entsprach.

¹⁷³ Act. 236, Dior, Preisliste Januar 2007.

¹⁷⁴ Act. 236, Tanner, Preisliste T. Le Clerc August 2008.

¹⁷⁵ Act. 236, Deurocos, Preisliste 10/2008.

¹⁷⁶ Act. [...].

¹⁷⁷ Act. 486.001 ff.

¹⁷⁸ Act. 562, Frage 3; Act. 571, Frage 3; Act. 569, Frage 3.

(ii) Überwachung der Marktanteilsentwicklungen und Verhaltensanpassung

157. Wie ausgeführt (vgl. A.3.3.1, A.3.3.2, A.3.3.3), konnte anhand der vierteljährlichen und jährlichen Umsatzinformationen teilweise der Umsatz pro Produkt-Nummer oder zumindest für eine eng begrenzte Gruppe von Produkten berechnet werden. Eine Selbstanzeigerin führt zusätzlich aus, die ständige Überwachung des Marktanteils habe es den Unternehmen ermöglicht ihre Marktpositionen zu halten bzw. zu verbessern.¹⁷⁹

158. Dass aussergewöhnliche Marktanteilsentwicklungen gleich bemerkt wurden, lässt sich auch aus den Akten ersehen, in denen ein Unternehmen sich gegenüber dem ASCOPA-Sekretariat für den hohen Zugewinn an Marktanteilen während einer Periode rechtfertigt.¹⁸⁰ Ob diese Rechtfertigung "mit Stolz" erfolgt ist – wie dies von den Parteien beteuert wird – kann dahingestellt bleiben. Tatsache ist, dass ein hoher Zugewinn an Marktanteilen entdeckt wurde und das Unternehmen den Zugewinn erklären musste. Daraus ist zweierlei ersichtlich: ASCOPA prüfte die Richtigkeit der Daten und ASCOPA konnte die Marktanteilsentwicklungen beobachten.

159. Ferner dokumentiert das Vorhaben des Komitees, eine Vergleichstabelle der Zahlen von European Forecast mit denjenigen der ASCOPA-Umsatzangaben zu erstellen,¹⁸¹ den Willen der teilnehmenden Unternehmen die Marktanteile möglichst genau zu erfassen.

160. Gemäss einem von Puig eingereichten Parteigutachten zum Parfümmarkt ist das Interesse an Marktanteilsentwicklungen gross aufgrund der hohen Durchdringung des Marktes. Es sei sehr schwierig, auf Markenlevel auch nur ein halbes Prozent Marktanteile zu gewinnen. Die Marktanteilsentwicklungen würden genau überwacht von den Herstellern, da es ihnen erlauben würde, die Versorgung und Vorräte der Retailer zu planen und zu bewerkstelligen und die Marketingaktivitäten auszuführen. Das Studium der Marktanteilsentwicklungen sei die Basis für den Entscheid, welche Produkte durch eine grössere Marketingkampagne vorangetrieben werden sollten. Zudem ermöglichte es den Einfluss der Marketinganstrengungen für die eigenen Marken und denjenigen der Konkurrenz zu beobachten.¹⁸²

161. Das Gutachten führt weiter aus, Marktanteile seien die hauptsächlichen Leistungskennzahlen (key performance indicator, KPI) für Parfümhersteller, da es sich um einen sehr wettbewerbsintensiven Markt handle, in dem leichte Fluktuationen einen grossen Einfluss auf Umsatz und Positionierung hätten. Indem die Marktanteilsentwicklungen nahe verfolgt würden, könnten die Parfümhersteller rechtzeitig reagieren und die Lagerbestände bei den Retailern oder die Marketingausgaben erhöhen. Wie in anderen Konsumgütermärkten, welche ähnliche Charakteristiken aufwiesen wie der Parfümmarkt, hätten sogar kleine Änderungen der Marktanteile einen grossen Einfluss auf das finanzielle Resultat. Schlüsselinstrument um den Marktanteile zu beeinflussen, seien grosse Marketing-Budgets und weltweite Marketingkampagnen. Nebst dem Duft eines Parfums sei der Aufbau einer starken Marke ein Schlüsselfaktor um die Konsumentenloyalität zu erhöhen.¹⁸³

162. Es gibt keinen Grund an der grundsätzlichen Richtigkeit dieser Angaben zu zweifeln. Allerdings nimmt das Gutachten an dieser Stelle keinen Bezug auf die Preise, welche (auch laut dem von Coty eingereichten Gutachten¹⁸⁴) einen zentralen Wettbewerbsparameter darstellen. Die Marktbeobachtung erlaubte daher nicht nur die Marketingausgaben anzupassen, sondern eben auch die Bruttopreise. Denn erzielte ein Unternehmen mit einem gewissen Produkt und unter Einsatz eines bestimmten Marketingbudgets Umsatzgewinne, ist es zentral zu wissen, zu welchem Preis dieser Gewinn erzielt wurde.

(iii) Parteieinwände

Genauigkeit der Umsatzdaten

163. Von den Parteien wird teilweise vorgebracht, die Umsatzinformationen von ASCOPA hätten Ungenauigkeiten enthalten oder die Daten von European Forecast seien genauer.

164. Dem ist vorab zu entgegnen, dass es keine Angaben gibt, welche ein absolut exaktes Abbild des Marktes erlauben. Fest steht, dass die Umsatzangaben genügend detailliert und genau waren, um diese während Jahrzehnten auszutauschen, was den Wert dieser Daten dokumentiert.

165. Die Ungenauigkeiten, welche sich daraus ergeben können, dass ein Teil der an den Handel gelieferten Waren als Vorrat gelagert wird, sind unbedeutend. Erstens wird der Umfang der Lagerbestände dadurch beschränkt, dass Kosmetikprodukte ein Verfallsdatum aufweisen. Zweitens konnten die Parteien davon ausgehen, dass die Retailer die eingekaufte Ware jeweils weiterverkaufen (vgl. Rz 156). Drittens werden die Händler im Rahmen ihrer Vertriebsverträge von ihren Lieferanten in der Regel ohnehin dazu verpflichtet, einen ausreichenden Bestand der vertriebenen Produkte im Lager zu halten (vgl. Rz 482).¹⁸⁵ Daraus ist ersichtlich, dass ein gewisser Lagerbestand von den Parteien gewünscht wird und diese damit rechnen, dass die gelagerte Ware abgesetzt wird.

166. Die Vergleiche mit den Vorjahreszahlen und die Bestellfrequenz der Händler ermöglichten es den Lieferanten zudem, allfällige Lagerbestände bei den Händlern abzuschätzen und somit ein klares Bild über die tatsächlich verkauften Mengen ihrer Produkte zu erhalten.

¹⁷⁹ Act. [...].

¹⁸⁰ Act. 2, Beilage D 57.

¹⁸¹ Act. 74, Registerblatt 3, Protokoll vom 15. März 2007, 2.

¹⁸² Act. 426, Beilage 2, 11.

¹⁸³ Act. 426, Beilage 2, 11.

¹⁸⁴ Act. 422 Beilage 1, 16.

¹⁸⁵ Act. 2, Beilage B21, Allgemeine Verkaufsbedingungen, Ziff. II.1.

167. Schliesslich überzeugt die Darstellung nicht, die Umsatzdaten von European Forecast seien genauer gewesen als die im Rahmen von ASCOPA ausgetauschten Daten. Es ist nicht einzusehen, weshalb etwa die im Rahmen eines Audits von European Forecast zusammengestellten Daten per se verlässlicher sein sollten als solche, die monatlich von verschiedenen Unternehmen an die ASCOPA geliefert bzw. selbst in die ASCOPA-Internetmaske eingegeben wurden. Es ist nicht nur möglich – wie dies die Parteien vorbringen – die Umsatzzahlen gegenüber ASCOPA beschönigt darzustellen, sondern auch gegenüber European Forecast. Die WEKO geht daher davon aus, dass die ausgetauschten Umsatzangaben nicht weniger genau waren als diejenigen von European Forecast. Dieser Schluss wird von Puig bestätigt. Das Unternehmen betrachtet die Angaben von European Forecast als nicht verlässlicher als diejenigen von ASCOPA.¹⁸⁶ Abgesehen davon können die Parteien aus allfälligen Ungenauigkeiten der Umsatzangaben nichts zu ihren Gunsten ableiten. Wie bereits ausgeführt, ist der Umsatzaustausch nicht isoliert zu betrachten, sondern im Zusammenhang mit dem Preislisten austausch und dem Austausch der Werbeausgaben.

Alternative Bezugsquellen von Marktanteilsdaten

a) European Forecast

168. Ein Untersuchungsadressat brachte vor, die Sell-in Studien liessen sich auch über "European Forecast"¹⁸⁷ beziehen. Die Studien der European Forecast seien detaillierter als diejenigen von ASCOPA. Auf Kundenwunsch hin würde nicht nur Auskunft über Produktkategorien gegeben sondern auch über einzelne Produkte.¹⁸⁸

169. Vorweg sei ein fundamentaler Unterschied zwischen den genannten Studien und den von ASCOPA ausgetauschten Daten erwähnt. Während das Produkt von European Forecast einem offenen Adressatenkreis zur Verfügung steht, also von jedem Marktteilnehmer erworben werden kann, der bereit ist, den Preis dafür zu bezahlen, standen die ASCOPA-Daten nur den Verbandsmitgliedern zur Verfügung, sofern sie ihre eigenen Daten termingerecht lieferten. Ferner ändert dieses Vorbringen nichts am Umstand, dass die ASCOPA-Mitglieder den Informationsaustausch dennoch während zahlreichen Jahren betrieben haben.

170. Ein weiterer und zentraler Unterschied zwischen den beiden Darstellungen besteht darin, dass die Angaben der ASCOPA-Mitglieder monatlich, vierteljährlich und jährlich geliefert wurden, während European Forecast-Studien nur einmal im Jahr erhältlich waren. Die drei von ASCOPA erstellten Studien ergaben also im Verlaufe des Jahres ein aktuelles Abbild des Marktes, während die Studien von European Forecast notwendigerweise nur das bereits vergangene Geschäftsjahr abbildeten. Die Publikation der Studien erfolgte zudem mit einer gewissen zeitlichen Verzögerung, die für die Fertigstellung der Studie benötigt wurde.

171. Der Einwand, die Studien von European Forecast seien detaillierter, trifft nicht zu. Sowohl in den von ASCOPA erstellten "Enquêtes" als auch in den Studien von European Forecast werden die Umsätze der verschiedenen Unternehmen aufgeteilt in Produktkategorien. Allerdings waren die Produktkategorien in den Studien

von European Forecast¹⁸⁹ etwas weiter gefasst. So unterschieden die European Forecast-Studien bei den Düften zwischen Frauen und Männer-Düften und enthielten eine Liste der Top 20 Damen- und Herren-Düfte. Ferner listeten die Studien die Top 10 der neuen Männer- und Frauendüfte auf. Die Umsatzangaben von ASCOPA enthielten eine Unterscheidung nach Männer und Frauen-Düften. Die Frauendüfte waren in fünf verschiedene Kategorien aufgeteilt (*Parfum, Extracts; Parfums de toilette, Eaux de toilette venant d'extraits; Eaux de Toilette non dérivées d'un extrait, Serviette rafraichantes; Divers*), die Männerdüfte in drei (*Crèmes à raser, savons à barbe; Produits après rasage (lait, after shave); Eaux de toilette, Eaux de Cologne*) (vgl. Anhang I).

172. Die Angabe, auf Kundenwunsch hin würden von European Forecast auch Umsatzangaben pro Produkt erfasst, trifft in eingeschränktem Masse zu.¹⁹⁰ Aus den den Wettbewerbsbehörden vorliegenden Akten ist ersichtlich, dass in den European Forecast-Studien zumindest die erfolgreichsten Parfüm-Produkte einzeln aufgeführt wurden sowie deren Ranking und Marktanteile.¹⁹¹

173. Insgesamt kann also nicht davon ausgegangen werden, dass European Forecast detailliertere Daten geliefert hätte. Hinzu kommt, dass die Daten von European Forecast nicht auf dem gleichen aktuellen Stand waren, wie die im Rahmen von ASCOPA ausgetauschten Daten. Schliesslich waren die Studien nicht nur für bestimmte Marktteilnehmer zugänglich. Die Studien konnten somit den Umsatzaustausch zwischen den Parteien nicht ersetzen.

b) AC Nielsen

174. Überdies wird vorgebracht, von grösserem Interesse als die Sell-in-Daten seien die Sell-out Daten für die ASCOPA-Mitglieder, welche über das Marktforschungsunternehmen AC Nielsen bezogen hätten werden können.¹⁹² Dagegen bringen andere ASCOPA-Mitglieder vor, dass es keine Alternativen gab zum Bezug von Umsatzinformationen.¹⁹³

¹⁸⁶ Act. 131, 4, Antwort 6.

¹⁸⁷ European Forecast ist ein Marktforschungsunternehmen, welches gemäss eigenen Angaben eine Klassierung der selektiv vertriebenen Luxus-Parfumerie- und Kosmetikprodukte und die dazugehörigen Marktanteile erstellt (Act. 223, 1).

¹⁸⁸ Act. 195, Rz 19.6 ff.

¹⁸⁹ Act. 170, Beilage 2.

¹⁹⁰ Gemäss Angaben von European Forecast selbst trifft dieses Vorbringen nicht zu, vgl. Act. 223, Einvernahme vom 2. Juli 2009, 2 f.

¹⁹¹ Act. 170, Beilage 2.

¹⁹² Act. 195, Rz 19.6 ff.

¹⁹³ Act. 218, 11, Antwort 18.

175. Es steht fest, dass die Äusserung, die "wertvollen" *Sell-out*-Daten hätten von AC Nielsen bezogen werden können, unzutreffend ist. Das Sekretariat forderte von Import, Marionnaud, Douglas, Manor, Sun Store und Globus für die Jahre 2000-2010 Produktname, Produktnummer (EAN-Code), generierter Umsatz, Bruttoeinkaufspreis (ohne MWST), Nettoeinkaufspreis (ohne MWST), Verkaufspreis (ohne MWST), Verkaufsmenge und Einkaufsmenge ein. Die Parteien konnten frühestens Angaben ab 2007 senden, in einem Fall waren Informationen ab 2006 erhältlich.¹⁹⁴ Wenn die grössten Retailer dem Sekretariat diese Umsatzangaben nicht liefern konnten, waren sie dazu auch gegenüber AC Nielsen nicht in der Lage.

176. AC Nielsen verfügte in der untersuchten Zeitspanne (2004-2008) nach eigenen Angaben nur in sehr begrenztem Umfang über *Sell-out*-Daten im Bereich der Kosmetikprodukte. Die Angaben bezüglich der wenigen Produkte waren zudem allesamt dem Bereich des Mass-Market zuzuordnen. Im Bereich der Luxusprodukte gab es keine solchen Angaben. In Übereinstimmung damit gibt Puig an, gleichwertige Angaben seien erst ab Sommer 2009 bei AC Nielsen verfügbar gewesen.¹⁹⁵

177. Ferner ist anzufügen, dass AC Nielsen im Gegensatz zu ASCOPA nicht von Marktteilnehmern geleitet wird. Deren Studien stehen jedermann offen, der sich dafür interessiert, und nicht nur den Lieferanten der Informationen.

c) Händler

178. Es lässt sich argumentieren, dass die Umsätze pro Marke auch von Händlern in Erfahrung gebracht werden können. Diese Möglichkeit besteht jedoch nur in sehr beschränkter Masse. Einerseits dürfte nicht jeder Händler bereit sein, solche Angaben preiszugeben, und andererseits vermag ein einzelner Händler nur eine Übersicht über diejenigen Produkte zu liefern, die er selbst vertreibt. Ein solcher Teilausschnitt aus dem Markt vermag die Gesamtübersicht über den ganzen Markt nicht zu ersetzen.¹⁹⁶ Die blosse Möglichkeit, die Umsätze aller ASCOPA-Mitglieder von der Vielzahl von Händlern in der Schweiz einzeln zu erfahren, bietet folglich keine valable Alternative zum monatlichen Informationsaustausch im Rahmen der ASCOPA.

(iv) Fazit

179. Abschliessend kann festgehalten werden, dass die Umsatzinformationen, welche über ASCOPA ausgetauscht wurden, die genaueste und aktuellste Informationsquelle in Bezug auf den in Frage stehenden Markt waren und durchaus einem vitalen Interesse der Unternehmen entsprachen. Die jährlichen Umsatzdaten versetzten die einzelnen Unternehmen in die Lage, die abgesetzten Mengen teilweise bis hinunter auf Ebene einer Stock Keeping Unit (SKU) zu eruieren. In jedem Fall konnten die Parteien gestützt auf diese Angaben die abgesetzten Mengen pro aufgeführte Produktgruppe berechnen. Die vierteljährlichen und monatlichen Umsatzangaben ermöglichten eine solche Berechnung in eingeschränkter Masse. Nichtsdestotrotz waren die Marktanteile pro aufgeführte Produktkategorie monatlich bekannt. Dadurch wurde es möglich die eigenen Marktanteile und diejenigen der Konkurrenten regelmässig zu

überprüfen. In Kombination mit dem Austausch der Bruttopreislisten und den eingesetzten Werbemitteln konnte nicht nur ersehen werden, welches Marketingbudget zum Erfolg führte, sondern auch mit welchen Input-Preisen die Konkurrenz ihre Umsätze erzielte (vgl. 103 ff.). Soweit der Preiszerfall auf der Endverkaufsebene eingedämmt werden sollte, standen die relevanten Daten, um diesen Preiszerfall einzudämmen, den Parteien zur Verfügung. Mit anderen Worten konnten die Parteien den Wettbewerb auf dem relevanten Markt einschränken.

A.3.4 Austausch von Informationen über Werbeinvestitionen

A.3.4.1 Gegenstand des Austausches

180. Gemäss ASCOPA informierten sich die Parteien seit mindestens 1978 über ihre Bruttowerbeinvestitionen.¹⁹⁷ Die eingereichten Dokumente reichen bis ins Jahr 1998 zurück.¹⁹⁸ Der Austausch erstreckte sich gemäss Selbstanzeige bis mindestens Ende 2006.¹⁹⁹ Den Wettbewerbsbehörden liegen E-Mails vor, welche bestätigen, dass der Austausch der Werbeausgaben bis mindestens Ende 2007 stattgefunden hat.²⁰⁰

181. ASCOPA forderte ihre Mitglieder zwei Mal jährlich (i.d.R. im Januar und Juni/Juli) unter Fristansetzung auf, Angaben zu ihren Bruttowerbeinvestitionen zu liefern.²⁰¹ Die Mitglieder füllten zu diesem Zweck ein von ASCOPA versandtes Formular aus (vgl. u. Tabelle 3).²⁰² Im Anschluss erhielten sie eine Aufstellung von ASCOPA, aus welcher die Investitionen der einzelnen Mitglieder hervorgingen.²⁰³

182. Auf dem von ASCOPA versandten Formular war nebst dem Unternehmensnamen die betreffende Produktmarke anzugeben. Die Parteien hatten in zehn verschiedenen Kolonnen die Beiträge einzutragen, die sie je nach vorgegebener Produktkategorie und Werbekanal ausgegeben hatten.²⁰⁴ Laut Anweisung war der gleiche Betrag in der Tabelle auf der linken Seite zwischen den verschiedenen Produkttypen und auf der rechten Seite auf den verschiedenen Werbekanälen zu verteilen.²⁰⁵

¹⁹⁴ Vgl. Act. 453-585; Act. 546; Act. 552.2; Act. 568; Act. 477-477.02; Act. 478; Act. 577.

¹⁹⁵ Act. 131, Antwort 6.

¹⁹⁶ Vgl. etwa Act. 131, Antwort auf Frage 5.

¹⁹⁷ Act. 173, Antwort 10.

¹⁹⁸ Act. 2, Beilagen F1-F12.

¹⁹⁹ Act. 1, 9.

²⁰⁰ Act. 63, E-Mail 20. März 2008 13:59 im Zusammenhang mit Act. 79, Beilage B 10, 7; E-Mail 5. März 2008 09:03 und 7. März 2008 17:41; Act. 74, Registerblatt 3, Protokoll vom 21. Februar 2008, 3.

²⁰¹ Act. 43 Dokument 8; Act. 2, Beilagen F1-F12.

²⁰² Act. 2, 5; Beilagen F1-F16.

²⁰³ Act. 43 Dokument 8; Act. 1, 8.

²⁰⁴ Act. 2, Beilagen F1-F12.

²⁰⁵ Act. 2 Beilagen F3, F5, F7, F8.

183. Die Tabelle von ASCOPA (vgl. Abbildung 10) gab folgende Produktkategorien und Werbekanäle vor:

1. Produktkategorien: Pflege, Make-up, Männer- und Frauen-Parfüm

2. Werbekanal: Magazine und Zeitschriften, Kooperationen, Mailing, Kataloge von Detailhändlern, Plakatwerbung, Fernsehen/Kino/Radio.

Abbildung 10:

ASCOPA
ASSOCIATION DES FABRICANTS, IMPORTATEURS ET FOURNISSEURS DE PRODUITS DE COSMÉTIQUE ET DE PARFUMÉRIE

**ENQUÊTE SUR LE MARCHÉ SUISSE
DES COSMÉTIQUES ET DE LA PARFUMÉRIE**

Maison: [REDACTED] Septembre 2004

Marque entrant dans le chiffre d'affaires indiqué: [REDACTED]

1. Treatment (visage et corps)	[REDACTED]
2. Make up	[REDACTED]
3. Sun products	[REDACTED]
4. Fragrance woman	[REDACTED]
5. Hair products	[REDACTED]
Sous total women products	[REDACTED]
6. Men's products	[REDACTED]
Total general	[REDACTED]
7. Department stores	[REDACTED]
8. Retailers	[REDACTED]

4.10.2004 Timbre et signature

Quelle: Act. 2, Beilagen F1-F12

184. Das ASCOPA-Sekretariat legte den Formularen jeweils ein Schreiben bei, wonach die Parteien alle Marken im Formular eintragen mussten ("*nécessité de participer aux deux enquêtes semestrielles*"), für welche sie pro Jahr ein Minimum von CHF 50 000.- an Werbekosten aufgewendet hatten. Die Kosten waren in tausend Franken anzugeben und zwar brutto, d.h. vor Abzug allfälliger Rabatte und der MWST. Zur Kolonne "Treatment" präziserte das Schreiben, diese umfasse die Produkte Gesichts- und Körperpflege. Ausserdem enthielt es Erklärungen zu den einzelnen Werbekanälen, damit die Parteien wussten, welche Kosten in die Tabelle einzufügen waren:

- Der Werbekanal Kooperationen umfasse Werbeanzeigen eines Detailhändlers, an welcher sich die Marke beteilige (z.B. eine Annonce einer Marke zusammen mit Globus in der NZZ). Es müsse

der pro Marke bezahlte Betrag ausgewiesen werden.

- In den Kosten der Mailings seien die Ausgaben für die Druckerei und die Portokosten einzubeziehen.
- Zum Werbekanal "Detailisten-Kataloge" wurde eine Liste mit Katalogen aufgeführt, für welche die Kosten anzugeben waren (vgl. Abbildung 11). Die Liste variierte von Jahr zu Jahr sowie zwischen den Jahreszeiten. Folgende Kataloge waren in den vorliegenden Akten aufgeführt:²⁰⁶

²⁰⁶ Act. 2, Beilagen F1-F6; Act. 43 Dokument 8.

Abbildung 11:

	2000	2001	2004		2005	2006
	S	W	W	S	W	Herbst
Beauté Information	x	x	x	x	x	x
Beauty Look			x	x	x	x
Douglas	x	x	x	x	x	x
Dropa	x	x	x	x	x	x
Impo	x	x	x	x	x	x
Marionnaud	x		x	x	x	x
Pharmacie Populaire	x	x	x	x	x	x
Pour vous Madame	x	x	x	x	x	x
Sun Store	x	x	x	x	x	x
Estorelle	x	x	x			
Finsler/Wernli	x	x	x			
Beauty Life	x	x				
FIB	x	x				
Globus	x	x				
Intercos	x	x				
Pharmacie Principale	x					
Quelle	Act. 2 Beilage F8	Act. 2 Beilage F7	Act. 2 Beilage F5		Act. 2 Beilage F5	Act. 43 Dok. 8

- In der Plakatwerbung waren gemäss Schreiben die Miet- und Herstellungskosten einzubeziehen.²⁰⁷

185. In die Kolonne "Total brutto" im Formular trugen die Parteien teilweise auch Nettoangaben ein. Die Verbandssekretärin teilte den Parteien zur Werbekostenumfrage von 2006 mit, die Kolonne "Total brutto" sei zu präzisieren. Tatsächlich handle es sich bei den Beträgen in den Werbekanälen "Magazine/Zeitungen", "Plakatwerbung" und "TV/Kino/Radio" um Bruttoangaben, während die Beträge zu den Kooperationen und Mailings Nettoangaben seien.²⁰⁸

186. Das ASCOPA-Sekretariat teilte den Parteien allfällige Eingabefehler mit²⁰⁹ und forderte fehlende Eingaben nach²¹⁰ und mahnte diejenigen Unternehmen, welche noch nicht geliefert hatten.²¹¹

187. Die folgenden Unternehmen nahmen mit den in Klammern genannten Marken am Austausch der genannten Werbeausgaben teil:

188. Im Jahr 2003: Bulgari (*Bulgari*), Chanel (*Chanel*), Clarins (*Azzaro, Clarins, Hermès, Thierry Mugler, Ferragamo*), Coty (*Davidoff, Esprit, J. Lopez, Jil Sander, Joop, Lancaster*), Dior (*Christian Dior*), Kanebo (*Kanebo*), Lauder (*Aramis, Clinique, Estée Lauder*), L'Oréal (*Armani, Biotherm, Cacharel, Helena Rubinstein, Lancôme, Ralph Lauren*), P&G (*Cindy Crawford, Dolce & Gabbana, Escada, Gabriella Sabatini, Gucci, Marc O'Polo, Mexx, Montblanc, Naomi Campbell, Puma, Rochas, Trussardi*), PC Parfums (*Guerlain, Kenzo*), Puig (*Paco Rabanne, Nina Ricci, Carolina Herrera*), Tanner (*Betty Barclay, Maja, Payot, PL3, Roberto Cavalli, Sergio Tachini, S. Oliver, Tabac Original*), Wodma (*Shiseido, Issey Miyake, Jean-Paul Gaultier*) und YSL (*Yves St-Laurent*).²¹²

189. Im Jahr 2004: Bulgari (*Bulgari*), Chanel (*Chanel*), Clarins (*Azzaro, Clarins, Hermès, Thierry Mugler, Ferragamo*), Coty (*Chopard, Davidoff, J. Lopez, Jil Sander, Joop, Lancaster*), Deurocos (*Nikos*), Dior (*Christian Dior*), Kanebo (*Kanebo*), Lauder (*Aramis, Clinique, Estée Lauder*), L'Oréal (*Armani, Biotherm, Cacharel, Helena Rubinstein, Lancôme, Ralph Lauren, Victor & Rolf*), P&G (*Dolce & Gabbana*), Parfums de luxe Ltd. (*Moschino*), PC Parfums (*Guerlain*), Puig (*Paco Rabanne, Nina Ricci, Carolina Herrera*), Richemont (*Cartier*), Tanner (*Betty Barclay, Ferrari, Gianfranco Feeré, Payot, PL3, Roberto Cavalli, Sergio Tachini, S. Oliver, Tabac Original*), Wodma (*Shiseido, Issey Miyake, Jean-Paul Gaultier*) und YSL (*Yves St-Laurent*).²¹³

190. Im Jahr 2005: Bergerat (*Burberry, Givenchy*) Bulgari (*Bulgari*), Chanel (*Chanel*), Clarins (*Azzaro, Clarins, Hermès, Thierry Mugler, Ferragamo*), Coty (*Chopard, Davidoff, J. Lopez, Jette Joop, Jil Sander, Joop, Lancaster. Marc Jacobs, Sarah Jessica Parker*), Deurocos (*Vivienne Westwood*), Dior (*Christian Dior*), Juvena (*Juvena*), La Prairie (*La Prairie*) Lauder (*Aramis, Clinique, Estée Lauder*), L'Oréal (*Armani, Biotherm, Cacharel, Helena Rubinstein, Lancôme, Ralph Lauren, Victor & Rolf*), P&G (*Dolce & Gabbana*), Parfums de luxe Ltd. (*Moschino*), PC Parfums (*Guerlain*), Puig (*Paco Rabanne, Nina Ricci, Carolina Herrera*), Richemont (*Cartier*), Tanner (*Betty Barclay, Ferrari, Gianfranco Feeré, Payot, PL3, Roberto Cavalli, Sergio Tachini, S. Oliver, Tabac Original*), Wodma (*Shiseido, Issey Miyake, Jean-Paul Gaultier*) und YSL (*Yves St-Laurent*).²¹³

²⁰⁷ Act. 2 Beilagen F3, F5, F7, F8.

²⁰⁸ Act. 62, E-Mail vom 22. März 09:33.

²⁰⁹ Act. 62, E-Mail vom 5. März 2007 9:43.

²¹⁰ Act. 62, E-Mail vom 30. Januar 2007 08:57.

²¹¹ Act. 62, E-Mail vom 26. Februar 2007 15:10; Act. 62, E-Mail 28. September 2007 11:08.

²¹² Act. 43, Dokument 8, Zusammenstellung ASCOPA vom 05.03.2004; Periode: Année 2003.

²¹³ Act. 62, Anhang zur E-Mail von ASCOPA an Chanel vom 16.02.2007 12:49.

(Moschino), PC Parfums (Guerlain), Puig (Nina Ricci, Paco Rabanne, Prada), Richemont (Cartier), Tanner (Betty Barclay, Ferrari, Payot, PL3, Roberto Cavalli, Sergio Tachini, Tabac Original), Wodma (Shiseido, Issey Miyake, Jean-Paul Gaultier) und YSL (Yves St-Laurent).²¹⁴

191. Im Jahr 2006: Bergerat (Burberry, Givenchy), Bulgari (Bulgari), Chanel (Chanel), Clarins (Azzaro, Clarins, Hermès, Stella Cadente, Ferragamo), Coty (Davidoff, Calvin Klein, Cerutti, David Beckham, Jette Joop, Jil Sander, Joop, Lancaster, Sarah Jessica Parker), Dior (Christian Dior), Kanebo (Kanebo), Lauder (Aramis, Clinique, Estée Lauder), L'Oréal (Armani, Biotherm, Cacharel, Helena Rubinstein, Lancôme, Ralph Lauren), La Prairie/Juvena (Juvena, La Prairie), P&G (J. Lopez), PC Parfums (Guerlain, Kenzo), Puig (Paco Rabanne, Nina Ricci, Prada), Richemont (Cartier), Sisley (Sisley), Tanner (Ferrari, PL3, Roberto Cavalli), Wodma (Shiseido, Issey Miyake, Jean-Paul Gaultier).²¹⁵

192. Im Jahr 2007: Bulgari (Bulgari), Chanel (Chanel), Clarins (Azzaro, Clarins, Hermès, Thierry Mugler, Ferragamo), Coty (Calvin Klein, Cerruti, Davidoff, Jil Sander, J. Lopez, Joop, Lancaster, Marc Jacobs, Vera Wang), Dior (Christian Dior), Kanebo (Kanebo), Lauder (Aramis, Clinique, Estée Lauder), L'Oréal (Armani, Biotherm, Cacharel, Diesel, Lancôme, Ralph Lauren), La Prairie/Juvena (Juvena, La Prairie, Marlies Moller), PC Parfums (Guerlain, Kenzo), Puig (Paco Rabanne, Nina Ricci, Prada), Richemont (Cartier), Tanner (Payot, Roberto Cavalli), Wodma (Shiseido, Issey Miyake, Jean-Paul Gaultier) und YSL (Yves St-Laurent, Stella Cadente).²¹⁶

193. Aus einer E-Mail der ASCOPA vom 20. März 2008 an Dior, Chanel, Clarins, Tanner, Wodma, Coty, L'Oréal, Estée Lauder, Bulgari, Kanebo, YSL, PC Parfums (Guerlain), Puig, Richemont und La Prairie folgt, dass diese Unternehmen ihre Angaben zu den Werbeausgaben mindestens bis Ende 2007 ausgetauscht haben.²¹⁷

194. Von den oben genannten Unternehmen machten in den Antworten zum Fragebogen vom 6. April 2009 zu den Fragen 17, 19 und 20 (bezüglich Inhalt, Nutzen, Detaillierungsgrad, Aktualität und Vertraulichkeit der ausgetauschten Informationen) lediglich die Deurocos, Dior, Kanebo und PC Parfums keine Angaben zu den Werbeausgaben. Die übrigen Unternehmen beantworteten die Fragen und gaben zu verstehen, dass sie sich am diesbezüglichen Austausch beteiligt hatten.²¹⁸ Estée Lauder will im Dezember 2007 die letzten Informationen bezüglich Werbeausgaben weitergegeben haben.²¹⁹ Sisley gibt an, die Zusammenstellungen der Werbeausgaben zuletzt im Jahre 2006 erhalten zu haben.²²⁰ Letzteres kann durch zwei E-Mail der ASCOPA vom 16. Januar 2007²²¹ und 2. August 2007²²² widerlegt werden.

195. Aufgrund der erwähnten Beweismittel steht fest, dass sich zwischen 2003-2007 die folgenden Unternehmen zumindest zu den gekennzeichneten Zeiten am Informationsaustausch beteiligt haben (vgl. Abbildung 12):

²¹⁴ Act. 62, Anhang zur E-Mail von ASCOPA an Chanel vom 26.02.2007 12:29.

²¹⁵ Act. 62, Anhang zur E-Mail von ASCOPA an Chanel vom 26.02.2007 12:29.

²¹⁶ Act. 63, Anhang zur E-Mail vom 20. März 2008 von ASCOPA an Dior, Chanel, Clarins, Tanner, Wodma, Coty, L'Oréal, Estée Lauder, Bulgari, Kanebo, YSL, PC Parfums (Guerlain), Puig, Richemont, La Prairie/Juvena.

²¹⁷ Act. 63, E-Mail 20. März 2008 13:59.

²¹⁸ Bulgari (Act. 175), Chanel (Act. 136), Clarins (Act. 168), Coty (Act. 195), Estée Lauder (Act. 160), L'Oréal (Act. 171), P&G (Act. 218), Puig (Act. 131), Tanner (Act. 189), Wodma (Act. 183), YSL (Act. 172).

²¹⁹ Act. 160, Antwort 17.

²²⁰ Act. 196, Antwort 20.

²²¹ Act. 62, E-Mail von ASCOPA mit Anhang vom 16. Januar 2007 10:10 an Beauté Prestige, Bergerat, Bulgari, Chanel, Clarins, Coty, Deurocos, Doyat Diffusion, Elizabeth Arden, Estée Lauder, La Prairie-Group, Kanebo, L'Oréal, Arval, P&G, Dior, Parlux Diffusion, Puig, Richemont, Sisley, Starcos, Tanner, Tschanz, Wodma und YSL.

²²² Act. 62, E-Mail von ASCOPA mit Anhang vom 2. August 2007 15:09 an Beauté Prestige, Bergerat, Bulgari, Chanel, Clarins, Coty, Estée Lauder, La Prairie-Group, L'Oréal, P&G, Dior, Parlux Diffusion, Puig, Richemont, Tanner, Wodma, Kanebo, und YSL.

Abbildung 12:

Entreprises	2003	2004	2005	2006	2007
Arval					
Beauté Prestige					
Bergerat					
Bulgari					
Chanel					
Clarins					
Coty					
Deurocos					
Dicopar					
Diffusion Parfums					
Doyat Diffusion					
Elizabeth Arden					
HJD					
Juvena					
Kanebo					
La Prairie					
Lauder					
L'Oréal					
P&G					
Parf. Christian Dior					
Parfums de Luxe					
Parlux Diffusion					
PC Parfums					
Puig					
Richemont					
Sisley					
Star Cos					
Tanner					
Tschanz					
Wodma 41					
YSL Beauté					

A.3.4.2 Nutzen des Austausches von Bruttowerbeinvestitionen

(i) Einbeziehung in die Kostenanalyse

Parteivorbringen

196. Die Antworten der Parteien bezüglich des Nutzen des Austausches der Bruttowerbeinvestitionen im Rahmen des Fragebogens vom 6. April 2009, fielen uneinheitlich aus, wobei ein Grossteil der Unternehmen keine Angaben machten (Arval, Beauté Prestige, Bergerat, Chanel, Dior, Doyat Diffusion, Deurocos, Elizabeth Arden, Kanebo, Star Cos, HJD, Parfums de Luxe, Parlux Diffusion, PC Parfums, Tanner, Tschanz und Wodma).²²³

197. Dicopar, Estée Lauder, Richemont und La Prairie sahen keinen, Sisley keinen oder wenig Nutzen im Austausch.²²⁴ Clarins gibt an, die ausgetauschten Daten seien historisch gewesen und hätten eine generelle Übersicht über den Markt erlaubt, ohne wirklich eine wirtschaftliche Nützlichkeit aufzuweisen. Gemäss Clarins ist es allgemein bekannt, dass die Werbeausgaben einen wichtigen Posten in der Luxusindustrie darstell-

ten.²²⁵ Puig gab an, mit Media Focus zusammenzuarbeiten, die die Werbeausgaben der Konkurrenten zusammenstellten.

²²³ Vgl. die Antworten auf Frage 19 des Fragebogens vom 6. April 2009: Arval Act. 226, Beauté Prestige Act. 193, Bergerat Act. 153, Chanel Act. 136, Dior Act. 137, Doyat Diffusion Act. 176, Deurocos Act. 132, Elizabeth Arden Act. 188, Kanebo Cosmetics Act. 190, Star Cos Act. 165, HJD Act. 182/211, Parfums de Luxe Act. 187, Parlux Act. 120, PC Parfums Act. 147, Sisley Act. 196, Tanner Act. 189, Tschanz Act. 128 und Wodma Act. 183.

²²⁴ Vgl. die Antworten auf Frage 19 des Fragebogens vom 6. April 2009: Dicopar Act. 177, Estée Lauder Act. 160, Richemont Act. 210 und La Prairie Act. 194.

²²⁵ Vgl. die Antwort auf Frage 19 des Fragebogens vom 6. April 2009, Act. 168.

198. Bulgari gibt an, aus den ausgetauschten Daten habe das Gewicht der Werbeausgaben herausgelesen werden können und der Anteil an Investitionen sowie die diesbezügliche Positionierung des Unternehmens.²²⁶ Coty meinte, die Angaben hätten es den ASCOPA-Mitgliedern ermöglicht, ihre eigenen Werbeanstrengungen mit jenen der andern Mitglieder zu vergleichen. Die Angaben von ASCOPA enthielten zwar Informationen zu den verschiedenen Marken, nicht jedoch zu den einzelnen Produktlinien. Die Konsumenten würden jedoch nicht Marken, sondern konkrete Produkte nachfragen und daher auf produkt-, nicht auf markenbezogene Werbung reagieren. Für ein wirkungsvolles Benchmarking müssten die Ausgaben pro Produktlinie vorhanden sein.²²⁷

199. P&G gab an, dass bei der Lancierung eines Produktes eine Vergleichsmarke herangezogen worden sei. Nachdem der erzielte Umsatz der Vergleichsmarke analysiert worden sei, seien die Werbeausgaben für das Vergleichsprodukt in die Kostenanalyse für das zu lancierende Produkt einbezogen worden. Die Werbeinvestitionen hätten eine grobe Einschätzung des Aufwandes erlaubt, welcher für die Lancierung des Vergleichsproduktes betrieben worden sei. Gestützt darauf sei die Preisstrategie für ein neues Produkt festgelegt worden.²²⁸

200. YSL und L'Oréal geben an, der Austausch hätte es den Werbeverantwortlichen erlaubt, die Wahl ihrer Werbekampagnen im Nachhinein zu evaluieren.²²⁹

201. Im Rahmen der Stellungnahmen wurde geltend gemacht, der Werbekosten hätten die Rabatte nicht berücksichtigt, seien zu ungenau gewesen und seien nicht für die Festlegung des eigenen Wettbewerbsverhaltens verwendet worden. Die hohen Werbekosten deuteten auf Wettbewerb hin.

Würdigung der Parteivorbringen

202. Das Sekretariat fragte die Parteien nach dem prozentualen Anteil ihres Umsatzes (sell-in), den sie zwischen 2004-2008 im Durchschnitt für Werbung ausgegeben hatten.

203. Arval und Beauté Prestige machten keine Angaben. Bergerat, Bulgari, Chanel, Clarins, Coty, Deurocos, Dior, Doyat Diffusion, Estée Lauder, La Prairie, Parfums de Luxe, Puig, Tanner, Tschanz sowie Wodma²³⁰ gaben an, mindestens [...] % ihres Sell-in-Umsatzes für Werbung auszugeben. Die [...] % sind hier als Minimum zu verstehen, die Mehrzahl dieser Unternehmen gaben höhere Werte an. Bereits [...] % ist ein gewichtiger Anteil des Umsatzes, der für Werbung ausgegeben wurde. Die Angaben von Konkurrenten über die Verwendung dieses Umsatzanteils aufgeteilt nach Werbekanal und Marke ist von grossem Interesse für die teilnehmenden Unternehmen. Mit diesem Schluss stimmt Clarins Erklärung überein, wonach es allgemein bekannt sei, dass die Werbeausgaben einen wichtigen Kostenposten in der Luxusindustrie darstellten.²³¹

204. Soweit Estée Lauder, Richemont und La Prairie keinen Nutzen im Austausch der Werbeausgaben sahen, steht dies im Widerspruch zu ihrem eigenen Verhalten. Estée Lauder lieferte die Werbeausgaben zwischen 2003 und 2007 lückenlos, Richemont zwischen 2004-

2007 ebenfalls und auch La Prairie Group (bzw. Juvena und La Prairie) lieferte die Daten zumindest zwischen 2005-2007. Zudem sind die Aussagen unvereinbar mit einem ökonomisch rationalen Verhalten. So ist nicht einsehbar, weshalb ein Unternehmen Daten austauschen sollte, die völlig nutzlos sind. Die Antworten der betreffenden Unternehmen vermögen daher nicht zu überzeugen.²³²

205. Die Erläuterungen von Bulgari und Coty, die Informationen hätten lediglich eine Einschätzung der Gewichtung der Werbeausgaben und keine Rückschlüsse auf Produktlinien ermöglicht, treffen nicht zu.

206. Dazu ist als erstes festzuhalten, dass die Werbekampagnen der einzelnen Hersteller bekannt waren. Werbung in Fernseh- und Kinospots, in Zeitschriften, Plakaten etc. waren für jedermann ersichtlich. Aus dem Inhalt und der Streuung der Werbung war die Strategie erkennbar.

207. Zweitens muss der Umstand hervorgehoben werden, dass die Parteien aus der Auflistung der Werbeausgaben pro Marke ersehen konnten, über welche Kanäle überhaupt Werbung betrieben wurde. So ist etwa aus der Darstellung der jährlichen Werbeausgaben 2006 ersichtlich, dass L'Oréal für die Marke Biotherm lediglich Werbung über die Kanäle Magazine/Zeitung sowie Kooperationen betrieb oder Coty mit Joop lediglich in Detaillisten-Katalogen.²³³

208. Die Parteien konnten aus den Werbeausgaben der Konkurrenten nun ablesen, welche Werbeaufwendungen diese für einzelne Produktlinien einsetzten. Ein Beispiel aus dem Parfümbereich für das Jahr 2004 vermag dies zu verdeutlichen: Dior gab etwa für die Marke "Kenzo" an, für die Produktgruppe "Men's Products" (vgl. Tabelle Rz 183) einen bestimmten Betrag ausgegeben zu haben. Im Jahr 2004 gab es im Bereich Men's Products lediglich die drei Düfte "Kenzo pour homme," "L'eau par

²²⁶ Vgl. die Antwort auf Frage 19 des Fragebogens vom 6. April 2009, Act. 175.

²²⁷ Vgl. die Antwort auf Frage 19 des Fragebogens vom 6. April 2009, Act. 190.

²²⁸ Vgl. die Antwort auf Frage 19 des Fragebogens vom 6. April 2009, Act. 218.

²²⁹ Vgl. die Antwort auf Frage 19 des Fragebogens vom 6. April 2009, Act. 172 (YSL), Act. 171 (L'Oréal).

²³⁰ Vgl. die Antwort auf Frage 19 des Fragebogens vom 6. April 2009, Bergerat Act. 153, Bulgari Act. 175, Chanel Act. 136, Clarins Act. 136, Coty Act. 195, Deurocos Act. 132, Dior Act. 137, Doyat Diffusion Act. 176, Estée Lauder Act. 160, La Prairie Act. 194, Parfums de Luxe Act. 187, Puig Act. 131, Tanner Act. 189, Tschanz Act. 128 sowie Wodma Act. 183.

²³¹ Antwort auf Frage 19 des Fragebogens vom 6. April 2009, Act. 168.

²³² Dicopar hat keine Werbeausgaben ausgetauscht, weshalb sich weitere Erläuterungen hierzu erübrigen.

²³³ Act. 62, E-Mail vom 19. Februar 2007, Anhang, Werbeausgaben 2006.

Kenzo pour homme" und "Kenzo Jungle Homme". Von "Kenzo pour homme" gab es nebst dem Eau de Toilette (EDT), ein EDT fraîche, ein After Shave und Badeprodukte (insgesamt 10 Produkte), von L'eau par Kenzo gab es ein EDT und Badeprodukte (insgesamt 8 Produkte) und von "Kenzo Jungle Homme" gab es ein EDT.²³⁴ Indem die Werbekosten für Kenzo im Bereich "Men's Products" angegeben wurden, war in einem ersten Schritt klar, wie viel für diese drei Produktlinien angegeben worden war.

209. In einem zweiten Schritt liessen sich noch genauere Rückschlüsse ziehen. ASCOPA gab, wie ausgeführt (Rz 184), eine Liste der einzubeziehenden Detaillisten-Kataloge heraus. Jede Partei konnte folglich die betreffenden Kataloge durchblättern und sehen, für welche der drei Kenzo-Produktlinien bzw. für welche Kenzo "Men's Products" Werbung gemacht worden war. Die Inserate-Preise waren weither bekannt, wie dies Clarins einräumt.²³⁵ Es liess sich somit eruieren, welche Beträge pro Produktlinie und teilweise wohl auch Einzelprodukt in Katalogwerbung investiert worden war. Durch die Kenntnis der Ausgabe Werbekanal "Detaillisten-Kataloge" konnte verifiziert werden, ob die Angaben zutrafen.

210. Ein noch deutlicheren Rückschluss liess die Marke Joop im Jahre 2006 zu. Coty gab einzig die Werbeangaben von Joop Men's Products mit einem gewissen Betrag an und zeigte gleichzeitig an, dass dieser Betrag lediglich für Detailhändler-Kataloge ausgegeben worden war.²³⁶ Daraus war somit einerseits ersichtlich, welchen Betrag Coty für die drei Düfte "Joop Rococo for men", "Joop homme" und "Nightflight" insgesamt für Werbung einsetzte, da dies die einzigen Men's Products der Marke Joop waren.²³⁷ Andererseits war daraus gleichzeitig ersichtlich, wie viel Coty für diese drei Düfte in Detailhändler-Katalogen investiert hatte.

211. Von der Dufttrichtung "Joop Rococo for men" gibt es nebst EDT und Rasierprodukten auch Bade- sowie Körperprodukte (insgesamt 6 Produkte). Dasselbe gilt für "Joop Homme" (insgesamt 8 Produkte) und "Joop Nightlife" (insgesamt 4). Anhand der Detaillisten-Kataloge konnte nun ermittelt werden, wie viel für jede der drei Dufttrichtungen investiert worden war bzw. für jedes Einzelprodukt, da aus der Katalogwerbung auch gleich ersichtlich war, für welches Produkt Werbung betrieben worden war.

212. Auch die Ausgaben für die Werbekanäle TV, Kino und Radiowerbung, liessen genaue Schlüsse zu. Beispielsweise das Unternehmen Publicitas Cinecom AG bietet Werbezeit in Schweizer Kinos an und ist für die Ausstrahlung der Werbemittel der Kunden durch die entsprechenden Kinobetreiber besorgt. Die Tarife für nationale und lokale Werbepolls sind für jedermann auf der Homepage des Unternehmens abrufbar.²³⁸ Schliesslich können die durch Plakatwerbungen verursachten Kosten für solche Produkte nachvollzogen werden, wie dies ebenfalls von Clarins bestätigt wird.²³⁹ So publizieren Unternehmen wie APG Plakatierungen, ihre Zielgebiete, Preise und Rabattkonditionen online.²⁴⁰

Zwischenfazit

213. Durch den Austausch der Werbeausgaben konnten die Parteien folglich weitaus genauer ersehen, wie die Werbeanstrengungen ihrer Wettbewerber verliefen, als sie einräumen. Jedes Unternehmen konnte zumindest die Ausgaben für eine Produktlinie eruieren. Gleichzeitig konnte es auch die Bruttoverkaufspreise und Endverkaufspreise der Konkurrenten sowie den Produkterfolg. Somit ermöglichten es die ausgetauschten Informationen den Parteien abzuleiten, welche Werbeaufwendungen, mit welchen Preisen, zu welchem Umsatz führten. Diese Ergebnisse konnten die Parteien für die Kostenanalyse einer Produkt lancierung beachten oder mit Preisanpassungen auf die Strategie der Konkurrenz reagieren. Dabei ist es vorläufig nicht entscheidend, ob sie dies tatsächlich taten (zur Auswirkung des Informationsaustausches vgl. B.4.4.3). Zentral ist vielmehr, dass sie die Möglichkeit dazu hatten.

(ii) Berechnung des Share of voice

214. Aus einem E-Mail von Chanel an ASCOPA geht ferner hervor, dass die Daten über die Werbeausgaben in der Business Review eingebaut wurden und zudem für die Berechnung der sogenannten SOV (Share of voice) benutzt wurden.²⁴¹ Bei den SOV handelt es sich um eine Marketingkennzahl, mit welcher die prozentuale Marktabdeckung berechnet werden kann, indem die Anzahl der Zielpersonenkontakte durch eigene Werbung durch die Anzahl der Zielpersonenkontakte durch Werbung in der Branche geteilt wird.

215. SOV =
$$\frac{\text{Anzahl der Zielpersonenkontakte durch eigene Werbung}}{\text{Anzahl der Zielpersonenkontakte durch Werbung in der Branche}}$$

Dieses Instrument wird häufig im Zusammenhang mit der Online-Werbung verwendet. Angenommen es gibt 40'000 potenzielle Kunden und ein Online-Medium erreicht 10'000 von ihnen, dann ist der *Share-of-Voice*-Kennwert 25 %.²⁴² Für die Parteien waren die Angaben zu den Mailings zentral.

²³⁴ Act. 236.

²³⁵ Clarins Act. 168, Antwort auf Frage 18, 10 f.

²³⁶ Act. 62, E-Mail vom 19. Februar 2007, Anhang, Werbeausgaben 2006.

²³⁷ Act. 535.

²³⁸ Vgl. Punkt 1.1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Publicitas Cinecom AG, abrufbar unter: <http://www.cinecom.ch/de/kinowerbung/werbefilme/geschaeftsbedingungen/>; vgl. zudem die online abrufbaren Tarife und Rabatte des Unternehmens: http://www.cinecom.ch/fileadmin/user_upload/publicitasch/Cinecom/Download/Kino_Tarife_Uebersichten/Tarife_National_2011.pdf und <http://www.cinecom.ch/de/kinowerbung/werbefilme/tarife-kino-national/>.

²³⁹ Clarins Act. 168, Antwort auf Frage 18, 10 f.

²⁴⁰ Vgl. <http://www.apg.ch/de/angebot/preise/richtig-bestellen-kosten-sparen/rabatte-und-kommissionen/>.

²⁴¹ Act. 63, E-Mail von Chanel an ASCOPA vom 25. Februar 2008, 14:15.

²⁴² SCOTT G. DACKO, *The advanced dictionary of marketing: putting theory to use*, Oxford 2008, 475; www.itwisse.ninfor/definition/lexikon/share-of-voice-SOV.html; www.wikipedia.org/wii/Share_of_Voice.

216. Auch der Werbemittelaustausch im Bereich der Mailings erlaubte es den Parteien, sehr genaue Rückschlüsse auf die Werbeausgaben zu machen. Dies zeigt ein Beispiel aus dem Jahr 2006. Erstens ist daran zu erinnern, dass im Jahr 2006 die Nettoausgaben der Mailings ausgetauscht wurden (vgl. 185). Aus der von ASCOPA erstellten Tabelle der Werbeausgaben von 2006 ist ersichtlich, dass Coty die Werbeausgaben für J. Lopez aufführte. Von dieser Marke gibt es nur Produkte aus dem Bereich Damendüfte in zwei Duftrichtungen "Still" (5 Produkte insgesamt) und "Glow" (9 Produkte insgesamt).²⁴³ Damit konnte ersehen werden, wie viel Coty für die Werbung von J. Lopez ausgab. Gleichzeitig gab Coty lediglich Werbeausgaben für Mailings an. Damit stand auch fest, dass der erwähnte Betrag für diese beiden Duftrichtungen in Mailings investiert worden waren. Es stand also fest, mit welchem Preis, mit welcher Werbemassnahme (inkl. Share of Voice) zu welchen Kosten der Umsatz erzielt worden war. Auch diese Erkenntnisse konnten von den Konkurrenten bei der Kostenanalyse berücksichtigt werden.

(iii) Alternative Bezugsquellen

217. Die Parteien führten weiter aus, nur die WEMF-Studien enthielten Angaben zu Werbeinvestitionen in akzeptabler Qualität. Diese Studie messe alle Werbeinvestitionen in der Schweiz in den verschiedenen Kanälen und werde regelmässig publiziert.²⁴⁴ Der Vorteil der Informationen von ASCOPA gegenüber denjenigen von WEMF bestehe darin, dass bei ASCOPA auch Werbeinvestitionen in die Werbezeitungen/Kataloge grosser Detailhändler, in Mailings und in das sogenannte Co-operative Advertising (Kombination von Promotionsaktivitäten in den Verkaufsläden zusammen mit verschiedenen Formen von Werbung) erfasst seien. WEMF gebe nur Ausgaben wieder, die in die klassischen Werbekanäle fliessen.²⁴⁵ Daraus ist ersichtlich, dass die WEMF-Studien nicht deckungsgleich mit den ASCOPA-Angaben waren und somit auch keine Alternative dazu darstellten.

218. Die von Bulgari eingereichte Media Focus²⁴⁶ Trend-Studie²⁴⁷ zeigt auf, wie sich der monatliche Werbedruck entwickelte. Ferner kann die zeitliche Entwicklung des Werbedruckes und der Werbedruck pro Mediengruppe (Zeitungen, Zeitschriften, Fernsehen, Radio, Kino, Teletext, Internet und Outdoor) in Prozenten aus der Studie gelesen werden. Diese Angaben werden anschliessend auf "Schlüsselmärkte" (Key Markets) aufgeteilt. Unter den Schlüsselmärkten befindet sich auch ein als Kosmetik- und Körperpflege (Cosmetics/Body Care) benannter Markt. Zu diesem Markt werden Gesamtangaben gemacht. Die Studie enthält darüber hinaus eine Liste der Top-30-"Unternehmen", welche auf dem "Totalmarkt" Werbedruck verursachen. Zu diesen Top-30 gehören zahlreiche Unternehmen, die keinen unmittelbaren Bezug zur Kosmetikbranche aufweisen (Swisscom, Nestlé, Sunrise, Opel, die Post etc.). Die Liste enthält sogar politische Parteien.

219. In einer zweiten Media Focus Studie²⁴⁸ werden die Highlights des Monats für verschiedene Märkte aufgezählt. Ferner werden die Werbedruckentwicklungen des Gesamtmarktes und von Schlüsselmärkten aufgezeigt. Weiter wird der Werbedruck innerhalb der Schweiz von

ausländischen Werbern festgestellt, ohne Namen zu nennen. Die Studie stellt die neuen Top-Ten-Werber und Produkte pro Jahr vor, wobei nur Gesamtzahlen aller Werber und Produkte aufgeführt werden. Schliesslich wird wiederum der Werbedruck gemessen in Prozenten pro Mediengruppe aufgezählt.

220. Allein aus diesen Ausführungen ist ersichtlich, dass der Gegenstand der Media Focus-Studien nicht mit den von den Parteien ausgetauschten Informationen übereinstimmen. Den Studien ist gemein, dass sie nur wenige Bezüge zu einzelnen Unternehmen oder Produkten herstellen. Wo sie es tun, kann nicht eruiert werden, wie hoch die Ausgaben pro Unternehmen oder Produkt ausgefallen sind. Vielmehr präsentieren die Studien Totalausgaben aus dem Gesamtmarkt, der aus unterschiedlichsten Unternehmen (z.B. Migros, L'Oréal, Coca Cola und Media Markt) und Märkten zusammengesetzt ist. Eine Zurechnung von Ausgaben auf eine Produktlinie oder auf Produktgruppen ist ausgeschlossen. So werden etwa die Totalausgaben der Top-Ten-Produkte genannt. Darunter befinden sich u.a. Tele2 Mobile Tarife, Coca Cola und Audi A4 Kombi. Angaben zu Produkten des Kosmetikmarktes sind in der vorliegenden Studie nicht enthalten. Die Daten der Studien sind folglich aggregiert, so dass nur allgemeine Trends feststellbar sind.

221. Insgesamt steht fest, dass weder die WEMF- oder die Media-Focus Studien noch eine andere Studie die gleichen Daten enthielt wie die ASCOPA-Darstellungen.

(iv) Weitere Parteivorbringen

222. Die Einwände der Parteien, die Werbekosten hätten die Rabatte nicht berücksichtigt und seien zu ungenau gewesen, vermögen die WEKO nicht zu überzeugen. Einerseits steht fest, dass teilweise gar Nettoausgaben ausgetauscht wurden, das bedeutet, dass die Rabatte schon abgezogen waren. Zudem sind die Höhe der Rabatte bekannt und hängen von der Höhe der Investition ab. Es war also ein Leichtes die ungefähren Nettoangaben zu berechnen. Da es keine Alternativquellen gab für die ausgetauschten Werbekosten, steht auch fest, dass diese Angaben die genauesten darstellten, die erhältlich waren.

223. Das Vorbringen, wonach die hohen Werbekosten auf Wettbewerb hindeuteten, trifft ins Leere. Grundsätzlich bedeutet das Vorhandensein von Wettbewerb nicht, dass der Wettbewerb nicht dennoch erheblich eingeschränkt sein könnte (vgl. dazu B.4.4). Weiter ist Werbung ein Wettbewerbsparameter, der für sich allein nicht zwingend fehlenden Preiswettbewerb kompensieren kann.

²⁴³ Act. 535, Anhang.

²⁴⁴ Act. 218, 10 f., Antwort 18.

²⁴⁵ Act. 170, Rz 34 f.

²⁴⁶ Ein Jointventure der beiden Marktforschungsunternehmen IHA-GfK und AC Nielsen.

²⁴⁷ Act. 435, Beilage 7.

²⁴⁸ Act. 435, Beilage 8.

(v) Fazit

224. Durch den Austausch der Werbeausgaben legten die Parteien einander ihre Werbestrategie offen. Die Machart und der Inhalt der Werbung waren offensichtlich, es reichte somit die dafür aufgewendeten Ausgaben offenzulegen. Eine solche Vorgehensweise geht über ein normales Benchmarking hinaus, bei dem sich Unternehmen letztlich ihre Informationen selbständig besorgen müssen und ihre Einschätzungen nicht durch Angaben der Konkurrenten verifizieren können, die in der Regel Geschäftsgeheimnisse darstellen. Dies gilt umso mehr für die vorliegenden Märkten, in denen die Produktwerbung eine zentrale Rolle spielt. Ein Datenaustausch wie der vorliegende läuft einer autonomen Geschäftspolitik zuwider.

225. Insgesamt kann der Nutzen des Austausches der Werbeausgaben nicht losgelöst vom Austausch der Preislisten und Umsatzangaben betrachtet werden. Aus den Preislisten konnte ersehen werden, zu welchem Brutto-Preis ein Produkt in den Markt eingespeist wurde (vgl. Rz 105). Die Nettopreise waren ohne weiteres am Markt ersichtlich. Der Verkaufserfolg konnte aus den Umsatzangaben der Unternehmen eruiert werden (vgl. dazu oben Rz 148 ff.). Aus den Werbekosten konnte ersehen werden, mit welchem Aufwand z.B. eine Produkt-Neuheit lanciert wurde.

A.3.5 Empfehlung zu allgemeinen Geschäftsbedingungen

A.3.5.1 Gegenstand des Austausches

226. Zwischen 2002 und 2007²⁴⁹ gab ASCOPA einmal im Jahr Empfehlungen über "allgemeine Verkaufsbedingungen" heraus. Wie aus dem Protokoll der Generalversammlung vom 9. Mai 2001 hervorgeht, wurde ein Entschluss gefasst gemeinsame allgemeine Geschäftsbedingungen festzulegen. Die AGB wurden daher zwar als Empfehlungen deklariert, basierten aber auf einem Beschluss des obersten Verbandsorganes und wurden von den Mitgliedern teilweise eingehalten (s.u. Tabelle Rz 232).²⁵⁰

227. Die Mitglieder sollten sich gegebenenfalls hinter den von ASCOPA beschlossenen Verkaufskonditionen "verschanzen" können ("*se retrancher derrière ces conditions*").²⁵¹ ASCOPA versandte am 20. April 2007 eine E-Mail an die Beauté Prestige, Bergerat, Bulgari, Chanel, Clarins, Coty, Deurocos, Dicopar, Doyat Diffusion, Elizabeth Arden, Estée Lauder, La Prairie/Juvena, Kanebo, L'Oréal, Arval, P&G, Dior, Pi-Parfums, Parlux Diffusion, Puig, Richemont, Sisley, Starcos, Tanner, Tschanz, Wodma und YSL. Darin informierte sie die Adressaten, dass die "*Conditions générales de vente*" aktualisiert worden seien und legte je eine Version auf Deutsch und Französisch bei. Um genügend Exemplare drucken zu können, bat es die Adressaten innert einer fünftägigen Frist anzugeben, wie viele Exemplare gewünscht würden.²⁵² In den Akten liegen Nachrichten vor, wonach Pi-Parfums 300²⁵³ (Nachfolgeunternehmen der Parfums de Luxe²⁵⁴), Chanel pro Sprache 250²⁵⁵ und Richemont pro Sprache 20 Exemplare²⁵⁶ nachsuchten. Ferner liegt eine Nachricht von Coty vor, mit der das Unternehmen nach einem Exemplar in deutscher und, sofern erhältlich, in italienischer Sprache nachsucht.²⁵⁷

228. Die AGB wurden jeweils nach Ablauf einer bestimmten Zeitspanne auf den neuesten Stand gebracht²⁵⁸ und vor allem mit Bezug auf die darin festgelegten Frankenwerte angepasst. Sie enthielten vier Regelungspunkte²⁵⁹:

- a. Minimalbestellungen: Der Mindestwert pro Bestellung sollte netto CHF 250.-²⁶⁰ (Fakturawert, Rabatt abgezogen) betragen. Der Frankenbetrag änderte sich im Verlaufe der Zeit:

Jahr 2000-2004: CHF 150.-

Jahr 2007: CHF 250.-

- b. Lieferkosten: Die Pauschalbeteiligung pro Sendung an Bearbeitungs-, Verpackungs- und Postspesen war auf CHF 12.- festgesetzt. Franco ab CHF 500.- Fakturawert. Diese Bedingungen galten ebenfalls für Direktlieferungen durch den Lieferanten. Pro Express-Sendung sollte ein Zuschlag von CHF 15.- pro Paket verlangt werden.²⁶¹

Jahr 2000:²⁶²

Pauschalbeteiligung: CHF 8.- Franko ab CHF 500.-

Expresssendung: CHF 12.-

²⁴⁹ Act. 63, E-Mail inkl. Anhang von ASCOPA an Beauté Prestige, Bergerat, Bulgari, Chanel, Clarins, Coty, Deurocos, Dicopar, Doyat Diffusion, Elizabeth Arden, Estée Lauder, La Prairie/Juvena, Kanebo, L'Oréal, Arval, P&G, Dior, Pi-Parfums, Parlux Diffusion, Puig, Richemont, Sisley, Starcos, Tanner, Tschanz, Wodma und YSL vom 20. April 2007 09:24.

²⁵⁰ Act. 2, Beilagen B2 (Cartier); B4 (Clarins); B5 (Coty); B6 (Deurocos Cosmetic); B8 (D.P. Diffusion Parfums); B9 (Elizabeth Arden); B10 (Estée Lauder); B11 (Juvena); B12 (LCI Cosmetics International); B13 (Marbert Kosmetik GmbH); B14 (Parfums & Beauté, Suisse, SA); B15 (Christian Dior); B17 (Parfums de Luxe Ltd); B18 (PC Parfums Cosmétiques SA); B19 (Parlux Diffusion); B20 (Puig Suisse); B21 (Sisley); B22 (Soparco SA); B23 (Star Cos Sarl); B24 (Tanner); B25 (Tschanz Distribution); B26 (Unilever Cosmetics International: gehört heute zu Coty); B28 (YSL Beauté SA: gehört heute zu L'Oréal).

²⁵¹ Act. 2, A 18, 5.

²⁵² Act. 62, E-Mail von ASCOPA an Beauté Prestige, Bergerat, Bulgari, Chanel, Clarins, Coty, Deurocos, Dicopar, Doyat Diffusion, Elizabeth Arden, Estée Lauder, La Prairie/Juvena, Kanebo, L'Oréal, Arval, P&G, Dior, Pi-Parfums, Parlux Diffusion, Puig, Richemont, Sisley, Starcos, Tanner, Tschanz, Wodma und YSL vom 20. April 2007 09:24.

²⁵³ Act. 62, E-Mail vom 20. April 2007 19:37.

²⁵⁴ Act. 62, E-Mail Wechsel zwischen Pi-Parfums und ASCOPA vom 3. Februar 2007 16:21 bzw. 26. Januar 2007 15:02.

²⁵⁵ Act. 62, E-Mail vom 23. April 2007 08:41.

²⁵⁶ Act. 62, E-Mail vom 24. April 2007 16:04.

²⁵⁷ Act. 62, E-Mail vom 23. April 2007 10:45.

²⁵⁸ Act. 62, E-Mail ASCOPA vom 20. April 2007 09:24.

²⁵⁹ Act. 62, Anhang E-Mail von ASCOPA an Beauté Prestige, Bergerat, Bulgari, Chanel, Clarins, Coty, Deurocos, Dicopar, Doyat Diffusion, Elizabeth Arden, Estée Lauder, La Prairie/Juvena, Kanebo, L'Oréal, Arval, P&G, Dior, Pi-Parfums, Parlux Diffusion, Puig, Richemont, Sisley, Starcos, Tanner, Tschanz, Wodma und YSL vom 20. April 2007 09:23; Act. 2, Beilage G1-G4.

²⁶⁰ Stand Januar 2007, vgl. auch Act. 62, Anhang E-Mail-Verkehr ASCOPA/Chanel vom 23. April 2007.

²⁶¹ A.a.O.

²⁶² Act. 2 Beilage G1.

Jahre 2001-2004:²⁶³

Pauschalbeteiligung: CHF 12.- Franko ab CHF 500.-

Expresssendung: CHF 15.-

Jahr 2007:²⁶⁴

Pauschalbeteiligung: CHF 12.- Franko ab CHF 500.-

Expresssendung: CHF 15.-

- c. Rücksendungen: Jede fakturierte Ware galt als fest verkauft. Ohne vorgängige schriftliche Vereinbarung mit dem Lieferanten sollte keine Ware zurückgenommen werden. Die Ware sollte ausschliesslich in gutem Zustand und in aussergewöhnlichen Fällen zurückgenommen werden und nur sofern keine zusätzlichen Etiketten angebracht waren. Dabei galten folgende Bedingungen:

Jahre 2000-2004, 2007:

- Bis zu einem Monat: ohne Abzug
- Von 1 bis 6 Monaten: 20% Abzug
- Von 6 Monaten bis 1 Jahr: 30% Abzug

Nach dieser Frist sollten keine Waren mehr zurückgenommen werden.²⁶⁵

- d. Zahlungsbedingungen: Zahlungen hatten innert 30 Tagen netto zu erfolgen.²⁶⁶

229. Für das Jahr 2003 wurde zudem eine Liste mit den ASCOPA-Mitgliedern erstellt, in welcher die Mindestbestellwerte und Versandkosten jedes einzelnen Unternehmens aufgeführt waren. Nach Kenntnissen der Anzeigerin war diese Zusammenstellung einmalig.²⁶⁷

230. Beim oben dargestellten Preislisten austausch (vgl. Rz 31 ff.) wurden auf den Preislisten die allgemeinen Geschäftsbedingungen an den Handel, wie Mindestbestellmenge, Versand- und Verpackungskosten sowie die Rückgabe- und Zahlungsbedingungen aufgedruckt.²⁶⁸ Teilweise gaben die Mitglieder im Anhang an ihre Preislisten die allgemeinen Geschäftsbedingungen der ASCOPA unverändert wieder.²⁶⁹

231. Dieser Umstand ermöglichte es den einzelnen Mitgliedern festzustellen, ob die Konkurrenten die AGB der ASCOPA befolgten bzw. wie stark die Abweichungen voneinander waren. In Bezug auf P&G ist ein solcher Vergleich für das Jahr 2003 bewiesen.²⁷⁰

232. Der Befolgungsgrad der Vorgaben von ASCOPA ist in Abbildung 13 aufgelistet (vgl. die detaillierte Auswertung mit Fundstellennachweis in Anhang II):

Abbildung 13:

	AGB-Klausel vorhanden:	ASCOPA-Klausel unverändert übernommen:	ASCOPA-Klausel mit Abweichung übernommen
Minimalbestellung:	20	13	7
Lieferkosten:	33	11	22
Rücksendungen:	23	16	7
Zahlungsbedingungen:	27	14	13

A.3.5.2 Wille den Wettbewerb bezüglich der AGB einzuschränken

233. Das Komitee beschloss an einer Sitzung im März 2001 einstimmig, Coop Aargau keine speziellen Vergünstigungen (0,5 % Rabatt auf alle Rechnungen) zu gewähren.²⁷¹ Anlässlich einer anderen Sitzung im September 2002 wird von einem Mitglied dargelegt, dass Import spezielle Geschäftsbedingungen wünsche. Auf solche Nachfragen sei nicht einzugehen.²⁷² In einer Sitzung vom 7. Oktober 2003 beschliesst das Komitee, sehr entschieden ("*très vivement!*") auf die Vorschläge von Manor zu reagieren, bei einer Bezahlung innert dreissig Tagen einen Diskont eingeräumt zu bekommen. Andernfalls würde dadurch die von ASCOPA beschlossene Politik, eine Bezahlung innert dreissig Tagen zu verlangen, in Frage gestellt.²⁷³ Gemäss Protokoll vom 4. Dezember 2003 sollten alle Mitglieder einen Brief an Manor verschicken, in dem sie den verlangten Skontosatz ablehnten.²⁷⁴

234. Die verschiedenen Äusserungen im Rahmen des Komitees zeigen, dass ASCOPA den Abnehmern keine verschiedene Verkaufs- oder Rabattbedingungen gewähren wollte. Wie bereits ausgeführt, sollten sich die ASCOPA-Mitglieder zudem gegebenenfalls hinter den AGB "verschanzen" können.²⁷⁵

²⁶³ Act. 2 Beilage G2.

²⁶⁴ Act. 62, E-Mail von ASCOPA an Beauté Prestige, Bergerat, Bulgari, Chanel, Clarins, Coty, Deurocos, Dicapar, Doyat Diffusion, Elizabeth Arden, Estée Lauder, La Prairie/Juvena, Kanebo, L'Oréal, Arval, P&G, Dior, Pi-Parfums, Parlux Diffusion, Puig, Richemont, Sisley, Starcos, Tanner, Tschanz, Wodma und YSL vom 20. April 2007 09:24.

²⁶⁵ Act. 2, Beilage G1-G4, Act. 62 E-Mail von ASCOPA an Beauté Prestige, Bergerat, Bulgari, Chanel, Clarins, Coty, Deurocos, Dicapar, Doyat Diffusion, Elizabeth Arden, Estée Lauder, La Prairie/Juvena, Kanebo, L'Oréal, Arval, P&G, Dior, Pi-Parfums, Parlux Diffusion, Puig, Richemont, Sisley, Starcos, Tanner, Tschanz, Wodma und YSL vom 20. April 2007 09:24.

²⁶⁶ A.a.O.

²⁶⁷ Act. 2, 6.

²⁶⁸ Act. 2, Beilagen B2 (Cartier); B4 (Clarins); B5 (Coty); B6 (Deurocos Cosmetic); B8 (D.P. Diffusion Parfums); B9 (Elizabeth Arden); B10 (Estée Lauder); B11 (Juvena); B12 (LCI Cosmetics International); B13 (Marbert Kosmetik GmbH); B14 (Parfums & Beauté, Suisse, SA); B15 (Christian Dior); B17 (Parfums de Luxe Ltd); B18 (PC Parfums Cosmétiques SA); B19 (Parlux Diffusion); B20 (Puig Suisse); B21 (Sisley); B22 (Soparco SA); B23 (Star Cos Sàrl); B24 (Tanner); B25 (Tschanz Distribution); B26 (Unilever Cosmetics International: gehört heute zu Coty); B28 (YSL Beauté SA: gehört heute zu L'Oréal).

²⁶⁹ Vgl. z.B. Act. 236, Beauté Prestige, Preise 2009.

²⁷⁰ Act. 2, Beilage G4.

²⁷¹ Act. 234, Protokoll vom 21. März 2001, 3.

²⁷² Act. 234, Protokoll vom 18. September 2002, 3.

²⁷³ Act. 234, Protokoll vom 7. Oktober 2003, 2.

²⁷⁴ Act. 234, Protokoll vom 4. Dezember 2003, 3

²⁷⁵ Act. 2, Beilage A, 18.

235. Vor diesem Hintergrund kann davon ausgegangen werden, dass durch die einheitliche Ausgestaltung der Geschäftsbedingungen der ASCOPA-Mitglieder der Wettbewerb in Bezug auf die AGB zumindest eingeschränkt werden sollte.

A.3.5.3 Nutzen des Austausches und der Anpassung der allgemeinen Geschäftsbedingungen

236. Wie aus der oben stehenden Darstellung folgt (Rz 232), wurden die allgemeinen Geschäftsbedingungen zwar nicht voll aneinander angepasst, hingegen kam es zu einer Angleichung der AGBs der Parteien in verschiedenen Punkten.²⁷⁶ Anhand der ausgetauschten Preislisten konnten die Parteien überprüfen, ob sich ihre Konkurrenten an die AGB hielten oder sich daran orientierten.

237. Insbesondere die AGB-Klausel über Rücksendungen, welche die Zeitspanne formuliert, während der Waren an den Lieferanten zurückgesandt werden können, und wie hoch die prozentualen Abzüge ausgestaltet sind, überliesse den verschiedenen Unternehmen Gestaltungsspielraum, um einander zu konkurrieren. Mit der erfolgten Anpassung wurde das Gegenteil erreicht.

238. Im Vergleich zum übrigen Informationsaustausch fällt die erfolgte teilweise Angleichung der AGB nicht sehr stark ins Gewicht. Dennoch illustriert auch dieser Sachverhaltsabschnitt, dass es den ASCOPA-Mitgliedern nicht daran lag, den Wettbewerb untereinander zu intensivieren, wie dies zum Teil von den Parteien behauptet wird.

A.3.6 Zusammenfassende Betrachtung des Nutzens des Informationsaustausches

239. Aufgrund der vorliegenden Beweismittel steht fest, dass der Informationsaustausch es den Parteien ermöglichte, den Wettbewerb untereinander einzuschränken. Denn der Erfolg einer Marke bzw. eines Produktes war aus den ausgetauschten Umsätzen ersichtlich (A.3.3.5). Die für diesen Erfolg ausschlaggebenden Werbemaßnahmen kannten die Parteien durch ihre Marktbeobachtungen (Kinowerbung, Plakate, Fernsehen etc.). Von Interesse waren daher die Kosten dieser Werbeanstrengungen, welche die Parteien einander mit dem Austausch offenlegten (A.3.4.2). Schliesslich ermöglichte der Preislisten austausch den Parteien, die Preispolitik ihrer Konkurrenten zu verfolgen und ihr Verhalten nach Bedarf anzupassen (vgl. A.3.2.6). Diese Anpassung konnte darin bestehen, dass der tolerierbare Umfang und der Zeitpunkt allfälliger Preiserhöhungen relativ genau abgeschätzt werden konnte.

240. Im Unterschied zu einem zulässigen Parallelverhalten, bei dem ein Marktteilnehmer den Markt beobachtet, wurden Informationen ausgetauscht, die normalerweise im Markt nicht zur Verfügung stehen.

241. Es steht zumindest fest, dass der Informationsaustausch insgesamt bereits den Willen der Parteien belegt, den Wettbewerb untereinander einzuschränken. Dies wird einerseits durch die Vorkommnisse dokumentiert, welche die Befürchtungen der Parteien vor einer Preisabwertung aufzeigen (A.3.2.5). Andererseits ist zu bedenken, dass Konkurrenten, die einander preissensibel

und strategisch relevante Geschäftsgeheimnisse zu kommen lassen, wissen, dass dadurch der Wettbewerb eingeschränkt werden kann. Indem sie ihr Verhalten, von dem sie wissen, dass es aus wettbewerbsrechtlicher Sicht problematisch ist, über Jahre hinweg weiterführen, nehmen sie eine Wettbewerbsbeschränkung zumindest bewusst in Kauf. Die gegenteilige Auffassung, wonach der Informationsaustausch darauf ausgerichtet gewesen sei, den Wettbewerb zu fördern, ist ungläubwürdig. So wäre es, um es in den Worten des deutschen Kammergerichts auszudrücken, "*völlig unverständlich, dass die Betroffenen [...] ein derartiges Verfahren durchführen, also Mühe und Kosten lediglich dafür einsetzen, um den gegenseitigen Wettbewerb zu verschärfen.*"²⁷⁷

A.3.7 Parteivorbringen zum Informationsaustausch insgesamt

242. Bulgari, Estée Lauder, Chanel, Dior/PC Parfums, La Prairie/Juvena, Puig und Richefont wenden ein, die Struktur des untersuchten Marktes zeige, dass keine Kollusion vorliegen könne bzw. der Informationsaustausch keine Wettbewerbsbeschränkung bezwecke.

243. Diese Ausführungen sind unzutreffend. Die Parteien übersehen, dass Strukturmerkmale dazu dienen, aufgrund von Marktgegebenheiten aufzuzeigen, ob ein Markt kollusionsanfällig ist.²⁷⁸ Das bedeutet weder, dass Kollusion immer besteht, wenn diese Strukturmerkmale gegeben sind, noch dass Kollusion ausgeschlossen ist, wenn sie nicht gegeben sind. In Übereinstimmung damit besagt bereits die Botschaft zum KG 1994:

*"Das Konzept des wirksamen Wettbewerbs lehnt jeden strukturellen Determinismus ab, wonach aufgrund statischer Strukturmerkmale (Anzahl Firmen, Konzentration der Marktanteile etc.) zwingend auf bestimmte Verhaltensweisen oder Wettbewerbsergebnisse zu schliessen wäre."*²⁷⁹

244. Das Sekretariat hat das kollusive Verhalten (*explicit collusion*) der Wettbewerber in Form des Informationsaustausches bewiesen. Ferner legt es die Auswirkungen dieses Verhaltens ausführlich dar (vgl. unten B.4.4). Es braucht keine zusätzlichen kollusionsfördernden Beweise vorzubringen.

²⁷⁶ Act. 2, Beilagen B2 (Cartier); B4 (Clarins); B5 (Coty); B6 (Deuococ Cosmetic); B8 (D.P. Diffusion Parfums); B9 (Elisabeth Arden); B10 (Estée Lauder); B11 (Juvena); B12 (LCI Cosmetics International); B13 (Marbert Kosmetik GmbH); B14 (Parfums & Beauté, Suisse, SA); B15 (Christian Dior); B17 (Parfums de Luxe Ltd); B18 (PC Parfums Cosmétiques SA); B19 (Parlux Diffusion); B20 (Puig Suisse); B21 (Sisley); B22 (Soparco SA); B23 (Star Cos Sàrl); B24 (Tanner); B25 (Tschanz Distribution); B26 (Unilever Cosmetics International: gehört heute zu Coty); B28 (YSL Beauté SA: gehört heute zu L'Oréal).

²⁷⁷ Kammergericht vom 24. März 1972, Tubenhersteller II, WuW/E OLG 1253, 1256 f. Gleicher Ansicht KAI-UWE KÜHN, Fighting Collusion, Economic Policy, April 2001, 169, 191.

²⁷⁸ MASSIMO MOTTA Competition Policy, 2004, 142 ff., Motta spricht von "*factors that facilitate collusion*": Vgl. Mitteilung der Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11/1 ff., Rz 77 (im Folgenden: Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit); RPW 2007/1, 144, Rz 37 f., *Bekanntmachung der Praxis der schweizerischen Wettbewerbsbehörden im Versicherungsbereich*.

²⁷⁹ Vgl. Botschaft vom 23.11.1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Botschaft 1994), BBl 1995 I 468 ff., 513.

245. Bulgari, Chanel und Coty beanstanden ferner, es fehle vorliegend an einem Sanktionsmechanismus, welcher ein etwaiges kollusives Verhalten der ASCOPA-Mitglieder stützen könnte.

246. Diese Vorbringen sind aus denselben Gründen irrelevant. Die dargelegte erhebliche Wettbewerbsbeschränkung braucht nicht noch durch zusätzliche kollusionsfördernde Elemente untermauert zu werden, auch nicht in Form von möglichen Sanktionsmechanismen.²⁸⁰

247. Deurocos, Tanner und Richemont geben an, nicht im Komitee vertreten gewesen zu sein und wenn überhaupt, so doch nur rudimentär über die Diskussionen im Komitee informiert gewesen zu sein. Deurocos und Tanner meinen zudem, sie hätten sich auf die Auskünfte von ASCOPA verlassen dürfen, weshalb sie davon ausgegangen seien, ihr Verhalten sei legal. Deurocos meint, ihr könne daher kein vorsätzliches Handeln vorgeworfen werden. Richemont gibt zu bedenken, sie sei primär im Uhren- und Schmuckgeschäft tätig. Sie sieht Ihr Parfüm Cartier als Nischenplayer. Sie biete keine Kosmetika an. Ihr würden Verbandsaktivitäten vorgeworfen, an denen sie gar nicht beteiligt gewesen sei.

248. Sisley gibt an, sie habe den Informationsaustausch für völlig normal angesehen, weil den grossen Unternehmen diese Zahlen ohnehin über teure Marktforschungsunternehmen zugänglich gewesen seien. Sisley habe nie das Ziel verfolgt, die eigenen Preise an diejenigen der Konkurrenten anzupassen. Mit dem Informationsaustausch sei lediglich die Informationsasymmetrie zwischen den grossen Unternehmen und Sisley minimiert worden. Sisley habe auch keinen Preiszerfall befürchtet, da nur kleine Mengen über den Absatzkanal Discounter vertrieben würden.

249. PC Parfums gibt an, nur gewisse Informationen ausgetauscht zu haben. Sie habe am Vergleichslisten-austausch nicht teilgenommen und die jährlichen Umsatzstatistiken nicht ausgetauscht.

250. Soweit sich Deurocos, Tanner und Sisley sinngemäss auf einen Verbotsirrtum berufen, sei auf die Ausführungen in Rz 308 ff. verwiesen, wo dargelegt wird, weshalb die Voraussetzungen dazu nicht gegeben sind.

251. Aus allen Vorbringen geht hervor, dass die Parteien glauben, ihr Beitrag am Informationsaustausch sei nicht widerrechtlich. Deurocos, Tanner und Richemont begründen dies hauptsächlich damit, sie seien nicht im Komitee vertreten gewesen. Ihnen könnten somit die Entscheidungen des Komitees nicht zugerechnet werden. Sisley meint, eine Informationsasymmetrie ausgeglichen zu haben. PC bestreitet, gewisse Informationen geliefert zu haben. Damit sprechen die Parteien sinngemäss ihre Teilnahmeform am Wettbewerbsverstoss an. Ein Vergleich mit der Rechtsprechung zur strafrechtlichen Mittäterschaft ist daher aufschlussreich.

252. Gemäss geltender bundesgerichtlicher Rechtsprechung gilt als Mittäter, wer bei der Entschliessung, Planung oder Ausführung eines Deliktes *vorsätzlich* und in massgebender Weise mit anderen Tätern zusammenwirkt, so dass er als Hauptbeteiligter dasteht. Dabei kommt es darauf an, ob der Tatbeitrag nach den Umständen des konkreten Falles und dem Tatplan für die

Ausführung des Deliktes so wesentlich ist, dass sie mit ihm steht oder fällt.²⁸¹

253. In subjektiver Hinsicht handelt gemäss Art. 12 Abs. 2 Satz 2 StGB bereits vorsätzlich, wer die Verwirklichung der Tat für möglich hält und in Kauf nimmt. Mittäterschaft setzt entsprechend zumindest Eventualvorsatz voraus.²⁸² Laut Bundesgericht ist es nicht erforderlich, dass der Mittäter bei der Entschlussfassung mitwirkte. Es reicht aus, dass die Zustimmung konkludent geäussert wird.²⁸³ Der Mittäter braucht auch an der ursprünglichen Entschlussfassung nicht von Anfang an mitgewirkt zu haben, er kann sich den Tatentschluss seiner Mittäter auch später zu eigen machen.²⁸⁴

254. Vorliegend steht fest, dass der Informationsaustausch zu der festgestellten Einschränkung des Wettbewerbs (vgl. unten B.4.4, insbesondere auch 566 ff.) geführt hat, also kausal dafür ist. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist es für die Qualifikation der beteiligten Täter als Mittäter irrelevant, ob sie bei den Sitzungen des Komitees bzw. bei der Planung dabei gewesen sind. Es genügt, wenn sie einen Beitrag geleistet haben, ohne den die Wettbewerbsbeschränkung nicht eingetreten wäre. Deurocos, Tanner, Richemont, Sisley und PC Parfums haben ihre Preislisten, monatlichen Umsatzangaben und ihre Werbeausgaben den Konkurrenten mitgeteilt. Aufgrund dessen wurde der Wettbewerbsverstoss im festgestellten Ausmass überhaupt erst möglich. Von durchschnittlich informierten Unternehmern kann zudem das Wissen vorausgesetzt werden, dass die Weitergabe von marktsensiblen Informationen an ihre Konkurrenten kartellrechtswidrige Auswirkungen zeitigen könnte.²⁸⁵ Indem sie die Informationen trotz dieses Wissen weitergeben, nehmen sie

²⁸⁰ Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass gemäss Praxis der WEKO kein konkreter Sanktionsmechanismus vorzuliegen braucht. Die Rückkehr zu wettbewerblichem Verhalten kann ein hinreichendes Abschreckungsmittel darstellen. Andere Prüfkriterien, wie die durch den Informationsaustausch geschaffene Transparenz, das geringe Marktwachstum und der unbedeutende Innovationswettbewerb, unterstützen gemäss Praxis die Glaubwürdigkeit einer solchen Bestrafung. Vgl. RPW 2008/4, 635 Rz 291, *Coop/Carrefour*.

²⁸¹ BGE 133 VI 76, 82 E. 2.7.; BGE 130 IV 58, 66 E. 9.2.1.; BGE 126 IV 84, 88 E. 2c/aa; BGE 125 IV 134 E. 3a; Vgl. auch MARC FORSTER, in: Basler Kommentar, Strafrecht I, Niggli/Wipprächtiger (Hrsg.), 2007, Vor Art. 24, Rz 7; STEFAN TRECHSEL/MARC JEAN-RICHARD, in: Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, Trechsel et al (Hrsg.), 2008, Vor Art. 24 Rz 12.

²⁸² BGE 115 IV 161 E. 2.

²⁸³ BGE 120 IV 17, 23 E. 2d.

²⁸⁴ BGE 130 IV 58, 66 E. 9.2.1.; vgl. zum ganzen TRECHSEL/JEAN-RICHARD, in: Trechsel et al (Fn 281), Vor Art. 24 Rz 13; BSK StGB-FORSTER (Fn 281) Vor Art. 24 Rz 12.

²⁸⁵ Vgl. GÜNTER HEINE, Quasi-Strafrecht und Verantwortlichkeit von Unternehmen im Kartellrecht der Europäischen Gemeinschaften und der Schweiz, ZStrR 2007, 121, der für die Begründung des Vorsatzes darauf abstellt, ob das Wissen und die Information beim Unternehmen vorhanden ist.

eine Wettbewerbsbeschränkung auch in Kauf.²⁸⁶ Dass die Mitglieder auf kartellrechtlich relevante Sachverhalte sensibilisiert waren, zeigt sich daran, dass solche Sachverhalte beispielsweise an den ASCOPA-Generalversammlungen 2004 und 2005 besprochen wurden. Ferner unterrichtete 2004 der Präsident alle ASCOPA-Mitglieder schriftlich darüber, dass Preisbindungen zweiter Hand verboten seien.²⁸⁷ Es steht also fest, dass die Unternehmen den eingetretenen Erfolg für möglich gehalten und in Kauf genommen haben. Im Übrigen gibt es bei der Mittäterschaft keine Beschränkung der Haftung auf die eigenen kausalen Tatbeiträge.²⁸⁸

255. Ein Vergleich mit der strafrechtlichen Kasuistik zeigt, dass die Teilnehmer am Informationsaustausch ohne weiteres als Mittäter qualifiziert werden könnten. So wurde im sogenannten Skinheadfall eine Gruppe von Rechtsradikalen zu mittäterschaftlicher versuchter Tötung verurteilt, die zusammen zwei Personen zusammengeschlagen hatten. Dies obwohl die einzelnen Tatbeiträge nicht individualisiert werden konnten.²⁸⁹ Im sogenannten *Rolling Stones-Fall*, wurden zwei Täter der fahrlässigen Tötung verurteilt, weil sie schwere Steine einen Abhang zur Töss herunterrollten, und ein Stein einen Fischer tödlich traf. Die Kausalität des Tatbeitrages beider Täter wurde bejaht, obwohl nur einer der beiden Steine den Fischer tötete.²⁹⁰ Im *Gelfinger Raser-Urteil* wurden zwei Automobilisten, die sich innerorts ein Autorennen geliefert hatten wegen eventualvorsätzlicher Tötung als Mittäter verurteilt. Zwar war nur ein Autofahrer mit dem Opfer tödlich kollidiert, doch der andere habe den Unfall mit tödlichen Folgen mitverursacht und in Kauf genommen.²⁹¹

256. Im Strafrecht steht das Verbot der Verhaltensweise nicht in Frage. Es handelt sich gewissermassen um per se Verbote von gewissen Handlungen. Ist der Tatbeweis erbracht, die Handlung tatbestandsmässig und liegt kein Rechtfertigungsgrund vor, muss "lediglich" die Schwere der vorgesehenen Bestrafung (unter Beachtung allfälliger Schuldausschliessungs- und Schuldmilderungsgründe) durch den Strafrichter bestimmt werden. Die Rechtsfolge der Strafnorm liegt in der individuellen Bestrafung. Im vorliegenden Fall verhält es sich anders, die Rechtsfolge des tatbestandsmässigen Verhaltens äussert sich nicht in der Bestrafung sondern im Verbot des Verhaltens. Will man die beiden Rechtsgebiete miteinander in Beziehung setzen, sind folglich am ehesten die beiden Rechtsfolgen zu vergleichen. Sprich, die "Bestrafung" des Strafrechts entspricht am ehesten dem Verbot im vorliegenden Fall. Das Verbot der beschriebenen Verhaltensweise erfolgt, weil der vorliegende Informationsaustausch als in erheblichem Masse wettbewerbsschädlich qualifiziert wird. Ein Verbot eines wettbewerbsschädlichen Verhaltens macht jedoch nur Sinn, wenn es allen Teilnehmern verboten wird. Würde das Verhalten nur gewissen Marktteilnehmern verboten und von den andern weitergeführt, würde der Wettbewerb weiterhin beschränkt. Der Sinn des Verbotes liegt aber gerade darin, jegliche damit zusammenhängende Beschränkungen zu beseitigen. Folglich muss die "Strafe" für alle Parteien gleich ausfallen, weil sonst das gesetzlich vorgesehene Verbot sinnlos wäre.

257. Vor diesem Hintergrund wird deutlich, dass Sisleys, Richemonts und PC Parfums Vorbringen ins Leere ge-

hen. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Aussagen zutreffen, Sisley habe keine Preisabwertung befürchtet und ihre Preise unabhängig festgelegt. Auch Richemonts Einwand, sie sei ein unbedeutender Marktteilnehmer, ist irrelevant. Schliesslich ändert der Umfang des Informationsbeitrages von PC Parfums nichts an deren rechtlicher Situation. Die Rechtsfolge ist für sie alle dieselbe und liegt im Verbot ihrer Verhaltensweise.

258. Für die Beurteilung der Zulässigkeit des Wettbewerbsverhaltens ist entgegen den impliziten Vorbringen der Parteien die individuelle Auswirkung des Tatbeitrages nicht entscheidend. Die Parteien übersehen den Umstand, dass Kartelle immer ein Zusammenwirken mehrerer Parteien bedingen und alleine schon daher die individuelle Auswirkung nicht festgestellt werden können. Der einzelne Tatbeitrag wäre gegebenenfalls im Rahmen der Sanktionszumessung zu beachten. Da vorliegend keine Sanktionierung in Frage steht, kann auf eine nähere Analyse dieses Punktes verzichtet werden.

259. Gemäss Art. 1 KG ist ferner für die Beurteilung der Auswirkung von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen die volkswirtschaftliche Perspektive einzunehmen. Bei einem Informationsaustauschsystem liegt es auf der Hand, dass die Auswirkung des Zusammenwirkens des Gesamtsystems auf die Volkswirtschaft betrachtet werden muss. Erst dadurch wird deutlich, ob die Wettbewerbsbeschränkung unzulässig und gegebenenfalls sanktionierbar ist.

A.4 Verfahren

A.4.1 Ablauf

260. Nach übereinstimmender Äusserung des Präsidenten der ASCOPA und Estée Lauder hat am 9. September 2008 ein Gespräch zwischen einem ehemaligen Vizedirektoren des Sekretariates der Wettbewerbskommission (Sekretariat), dem Präsidenten der ASCOPA, der ASCOPA-Verbandssekretärin und dem Geschäftsführer von Estée Lauder stattgefunden.

²⁸⁶ Vgl. MARCEL ALEXANDER NIGGLI/CHRISTOPH RIEDO, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Vor Art. 49a-53 N 127 f., die es für zulässig halten im Kartellrecht vom Vorliegen des Wettbewerbsverstosses auf die subjektiven Tatbestandsmerkmale zu schliessen, soweit die zuständigen Personen im Rahmen ihrer Befugnisse gehandelt haben. Der Informationsaustausch wurde nachweislich im Wissen und auf Geheiss der Geschäftsleitungen ausgeführt, so dass das Sekretariat davon ausgeht, es liege ein solch den Befugnissen entsprechenden Handeln vor.

²⁸⁷ Act. 85, GV-Protokoll vom 27. Mai 2005, 8; GV-Protokoll vom 9. Juni 2004, 12.

²⁸⁸ BSK StGB-FORSTER (Fn 281) Vor Art. 24 Rz 24.

²⁸⁹ Vgl. Urteil des BGer 6S.417/2006 vom 21. Februar 2007; zitiert in: BSK StGB-FORSTER (Fn 281) Vor Art. 24 Rz 23.

²⁹⁰ BGE 113 IV 58; vgl. BSK StGB-FORSTER (Fn 281) Vor Art. 24 Rz 22.

²⁹¹ BGE 130 IV 58, 67 f. E. 9.2.2.-E. 9.2.4.; vgl. BSK StGB-FORSTER (Fn 281) Vor Art. 24 Rz 23.

261. Gegenstand des Gesprächs sei der Informationsaustausch zwischen den ASCOPA-Mitgliedern gewesen, genauer gesagt der Austausch von Umsatzzahlen, Werbeausgaben und Preislisten. Gemäss Parteiangaben habe der Vizedirektor angegeben, dass nur Umsätze, die älter als drei Monate seien, ausgetauscht werden dürften. Den Austausch von Werbeausgaben habe der Vizedirektor als nicht sehr problematisch angeschaut. Schliesslich sollten keinerlei Preislisten mehr ausgetauscht werden, dies sei im Zeitpunkt des Treffens aber ohnehin nicht mehr der Fall gewesen.²⁹²

262. Diese Aussagen erscheinen glaubhaft und stimmen auch überein mit dem Inhalt zweier E-Mails vom 6. Oktober 2008 und einer E-Mail unbekanntes Datums, welche von L'Oréal mit den Antworten zum Fragebogen am 9. Juni 2009 eingereicht wurden.²⁹³ Ferner wurden sie auf Anfrage vom damaligen Vizedirektor bestätigt, welcher sich nicht mehr an Einzelheiten des Gesprächs entsinnen konnte.²⁹⁴ Präzisierend ist lediglich hinzuzufügen, dass der Präsident in seiner E-Mail angab, ASCOPA würde den Mitgliedern weiterhin monatlich allgemeine Informationen über die Entwicklungen der auf dem Schweizer Markt erzielten Umsätze kommunizieren.²⁹⁵

263. Der damalige Vizedirektor übergab die operative Leitung der Geschäfte des zuständigen Dienstes per Oktober 2008 dem Direktor des Sekretariats, der den Dienst bis Dezember 2008 vorübergehend leitete. Weder der Direktor noch die übrigen Sekretariatsmitarbeiter wussten über das Gespräch Bescheid. In der Folge wurde im Oktober 2008 eine Bonusmeldung beim Sekretariat der Wettbewerbskommission eingereicht. Die Parteien beriefen sich in ihren Stellungnahmen auf das Treffen, darauf wird anschliessend an die Schilderung des Verfahrensablaufs eingegangen (vgl. Rz 301 ff.).

264. Gestützt auf eine Bonusmeldung der [...] eröffnete das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission (WEKO) am 1. Dezember 2008 eine Untersuchung gemäss Art. 27 KG gegen ASCOPA, Genf, sowie die Verbandsmitglieder. Namentlich handelt es sich dabei um die Beauté Prestige SA, Zürich, die Bergerat SA, Genf, die Bulgari Parfums SA, Neuchâtel, die Chanel SA, Genf, die Clarins SA, Plan-les-Ouates, die Coty (Schweiz) AG, Hünenberg, die D.P. Diffusion Parfums Limited, Chiasso, die Deucos Cosmetic AG, Adliswil, die Dicopar SA, Münchenstein, Elizabeth Arden, Zug, die Doyat Diffusion SA, Saint-Blaise, die Estée Lauder GmbH, Zürich, die HJD Distribution, Genf, die Juvena, Volketswil, die Kanebo Cosmetics, Glattbrugg, La Prairie Group, Volketswil, die Laboratoires Biologiques Arval S.A., Conthey, die L'Oréal Produits de Luxe SA, Renens, die Parfums de Luxe Ltd., Wallisellen, die Parlux Diffusion, Rolle, die PC Parfums Cosmétiques SA, Zürich, die Procosa SA, Vernier, die Puig (Suisse) SA, Baden, die P&G Prestige Products AG, Schlieren, die Richemont Suisse SA, Genf, die Sisley SA, Bachenbülach, die Star Cos Sàrl, Biel, die Tanner SA, Cham, die Tschanz Distribution SA, Genf, die Wodma 41 SA, Genf und die YSL Beauté, Plan-les-Ouates.

265. Die Eröffnung der Untersuchung wurde gemäss Art. 28 KG im Schweizerischen Handelsamtsblatt vom 8. Dezember 2008 und im Bundesblatt vom 16. Dezem-

ber 2008²⁹⁶ amtlich publiziert. Die dreissigtägigen Frist innert der sich Dritte melden können, falls sie sich an der Untersuchung beteiligen wollen (Art. 28 Abs. 2 KG), lief ungenutzt ab.

266. Als Verfahrenssprache wurde in Übereinstimmung mit Art. 33a des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG, SR 172.021) Deutsch festgelegt. Allerdings wurden sämtliche Behördenschreiben auf Deutsch, Französisch und in einem Fall auf Italienisch versandt. Auch fanden die schriftlichen und mündlichen Befragungen in der jeweils entsprechenden Landessprache statt. Zudem konnten die Parteien sämtliche Eingaben in der von ihnen gewünschten Landessprache machen.

267. Am 4. Dezember 2008 ging beim Sekretariat eine weitere Bonusmeldung der [...] ein, welche am 30. Januar 2009 ergänzt wurde.

268. In der Folge wurden Gespräche mit den beiden Selbstanzeigern, ASCOPA, Manor und AC Nielsen geführt. Gestützt auf die Gespräche wurden Fragebogen erstellt und am 6. April 2009 versandt. Die Fragebogen richteten sich an ASCOPA, deren ehemaligen und gegenwärtigen Mitglieder sowie an die Parfümerie- und Kosmetik-Händler (Kaufhäuser, Apotheken, Drogerien und Parfümerien). Darüber hinaus wurden Zusatz-Fragebogen an die Selbstanzeiger adressiert. Schliesslich wurden sämtliche Verfahrensparteien aufgefordert, die Preislisten der von ihnen vertriebenen Marken für die Jahre 2004-2009 einzureichen sowie die erzielten Umsätze für das Jahr 2009.

269. Das Sekretariat versandte ein Entwurf des vorliegenden Antrags mit einem aktuellen Aktenverzeichnis am 27. Mai 2010 an die Parteien zur schriftlichen Stellungnahme. Die Parteien wurden auf ihr Recht zur Akteneinsicht ab dem 31. Mai 2010 aufmerksam gemacht. Akteneinsicht nahmen die [...].

270. Die Stellungnahmen von Arval, Bergerat, Beauté Prestige, Chanel, Clarins, Coty, Deucos, Doyat Diffusion, Elizabeth Arden, Kanebo, L'Oréal/YSL, Parfums de Luxe, Puig, Richemont, Tschanz, La Prairie/Juvena und Star Cos gingen nach einer Fristverlängerung am 27. August 2010 beim Sekretariat der Wettbewerbskommission ein. In begründeten Ausnahmefällen wurde eine zweite Fristverlängerung gewährt. Die Stellungnahmen von P&G, Wodma bzw. Sisheido und Bulgari Parfums gingen bis am 6. September beim Sekretariat ein, die Frist zur Stellungnahme für Estée Lauder, Dior/PC Parfums, Sisley und Tanner lief am 10. September 2010 ab.

²⁹² Act. 434, 12; Act. 439 Rz 215 f.

²⁹³ Act. 171, Beilage 6.

²⁹⁴ Act. 82.

²⁹⁵ Act. 171, Beilage 6.

²⁹⁶ BBl 2008, 9197.

271. Im Anschluss an die Auswertung der eingegangenen Stellungnahmen nahm das Sekretariat erneute Untersuchungshandlungen vor. Es holte von Import, Marionnaud, Douglas, Manor, Sun Store und Globus Angaben zu den von ihnen verkauften Produkten ein. Die Unternehmen sollten für die Jahre 2000-2010 Produktname, Produktnummer (EAN-Code), generierter Umsatz, Bruttoeinkaufspreis (ohne MWST), Nettoeinkaufspreis (ohne MWST), Verkaufspreis (ohne MWST), Verkaufsmenge und Einkaufsmenge in eine Excel-Tabelle eintragen. Zudem befragte es die Unternehmen mündlich zu den Marktverhältnissen. Marionnaud beantwortete die Fragen lediglich schriftlich.²⁹⁷

272. Mit Schreiben vom 11. Oktober 2010 informierte es die Verfahrensparteien über den weiteren Verfahrensforgang. Die Parteien wurden darauf hingewiesen, dass das Sekretariat zusätzliche Untersuchungshandlungen durchführen würde, bevor es den Parteien eine überarbeitete zweite Version des Antrages vom 27. Mai 2010 zur erneuten Stellungnahme zusenden würde. Erst nach Eingang der zweiten Partei-Stellungnahmen würde der gegebenenfalls noch einmal überarbeitete Antrag des Sekretariats der Wettbewerbskommission zum Entschcheid vorgelegt. Ferner wurden die Parteien informiert, dass die nächste Akteneinsichtsrunde in elektronischer Form erfolgen würde.

273. Am 4. November 2010 versandte das Sekretariat sämtlichen Verfahrensparteien einen Datenträger mit Verfahrensakten zur Einsicht. Der Datenträger enthielt die Verfahrensakten, welche nach Einführung der elektronischen Aktenführung beim Sekretariat am 1. Juni 2010 erfasst worden waren. Die Parteien hatten sämtliche Akten bis und mit dem 31. Mai 2010 eingesehen, so dass keine Lücke in der Einsichtnahme der Akten entstand. Die Parteien wurden zudem darüber in Kenntnis gesetzt, dass die nächste Akteneinsichtsrunde erneut in dieser Form durchgeführt würde.

274. Das Sekretariat forderte die Parteien am 16. November 2010 schriftlich auf, die Bruttoverkaufspreislisten zwischen 2004-2010 in elektronischer Form im Excel-Format einzureichen. Die Parteien reichten die Preislisten ausnahmslos ein.

275. Am 20. Mai 2011 sandte das Sekretariat den überarbeiteten Antrag allen Parteien zur erneuten Stellungnahme zu. Gleichzeitig versandte es einen Datenträger mit den bis zu diesem Zeitpunkt angesammelten Akten zur Einsicht und informierte die Parteien über den weiteren Verlauf des Verfahrens.

276. Die Stellungnahmen sämtlicher Parteien gingen nach Ablauf der Fristverlängerung bis am 12. Juli 2011 fristgerecht beim Sekretariat ein. In einem begründeten Ausnahmefall (Puig) wurde die Frist ausnahmsweise und unpräjudiziell ein zweites Mal bis am 14. Juli 2011 erstreckt.

277. Das Sekretariat versandte am 30. August 2011 und erneut am 19. September 2011 die gesamten elektronischen Akten den Parteien zur Einsicht. Die WEKO entschied am 31. Oktober 2011.

A.4.2 Verfahrensrechtliche Vorbringen der Parteien

A.4.2.1 Verfahrensrechtliche Vorbringen erste Stellungnahme

278. Nachdem das Sekretariat die von den Parteien gelieferten Beweismittel eingehend geprüft und zusätzliche Untersuchungshandlungen durchgeführt hatte, passte es den Sachverhalt in wesentlichen Teilen an. Im Unterschied zu seinem Entwurf des Antrages vom 27. Mai 2010 beantragte das Sekretariat mit seinem Antrag vom 20. Mai 2011 keine Sanktionierung der Parteien mehr. In der vorliegenden Verfügung wird die Unzulässigkeit des umschriebenen Verhaltens festgestellt und angeordnet, dass der künftige Informationsaustausch zu unterbleiben hat. Die Verfügung hat folglich keine Sanktionen zum Gegenstand.

279. Aufgrund dieser Ausgangslage brauchen nicht sämtliche verfahrensrechtlichen Vorbringen der Parteien abgehandelt zu werden. Insbesondere erübrigen sich Erläuterungen dazu, ob der allgemeine Teil des Strafgesetzbuches (StGB)²⁹⁸ oder das Verwaltungsstrafrecht (VStrR)²⁹⁹ im vorliegenden Fall anwendbar sind. Auch erübrigen sich Ausführungen zu Art. 6 Abs. 2 und 3 sowie Art. 7 EMRK³⁰⁰. Der Vollständigkeit halber sei angefügt, dass im vorliegenden Fall die Anwendung des VStrR lediglich bei einer Widerhandlung gegen behördliche Anordnungen im Sinne von Art. 54 KG in Frage käme. Für die Verfolgung und Beurteilung einer derartigen strafbaren Handlung würde das VStrR gelten (Art. 57 Abs. 1 VStrR).

280. In Übereinstimmung mit Art. 39 KG und Art. 1 VwVG gilt für das vorliegende Verfahren das Verwaltungsverfahrensgesetz.

(i) Verletzung des rechtlichen Gehörs und des Untersuchungsgrundsatzes

281. Die Parteien bringen vor, ihr Anspruch auf rechtliches Gehör sei verletzt worden. Sie begründen dies damit, dass a) die Verfahrensakten nicht vollständig gewesen seien bzw. das Sekretariat nicht Einblick in sämtliche Verfahrensakten gewährt habe. Die Parteien hätten sich b) nicht mündlich vor den Wettbewerbsbehörden äussern können. Ferner sei c) der Sachverhalt nicht genügend abgeklärt worden, womit der Untersuchungsgrundsatz verletzt sei.

²⁹⁷ Die Protokolle der Einvernahmen liegen den Akten bei (Act. 562, 564, 569, 571, 572, 579).

²⁹⁸ Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (StGB), SR 311.0.

²⁹⁹ Bundesgesetz vom 22. März 1974 über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR), SR 313.32.

³⁰⁰ Konvention zum Schutze der Menschenrecht und Grundfreiheiten (EMRK), SR 0.101.

282. a) Es steht ausser Frage, dass die Parteien gemäss Art. 26 ff. VwVG ein Anrecht auf Einsicht in die Akten haben. Die Parteien nahmen im Juni 2010 in den Räumlichkeiten des Sekretariats Einsicht in die Akten. In der Folge meldeten sich mehrere Parteien, sie hätten nicht sämtliche Aktenstücke erhalten oder die Verfahrensakten seien nicht komplett.

283. Dieser Umstand war darauf zurückzuführen, dass einige der Parteien bei der Akteneinsicht Dokumente durcheinandergebracht oder nicht mehr eingeordnet hatten. Dies bemerkte das Sekretariat erst, als die ersten Parteien Akteneinsicht genommen hatten und sich nach der Durcharbeitung der Akten entsprechend beschwert hatten. Sobald das Sekretariat das Problem erkannt hatte, wurden die nicht vorhandenen Aktenstücke den betroffenen Parteien zur Verfügung gestellt. Soweit gewünscht versandte das Sekretariat den Parteien die Aktenstücke auf elektronischem Weg.

284. Ab 1. Juni 2010 wurde beim Sekretariat die elektronische Erfassung der Akten eingeführt. Um Vorkommnisse der beschriebenen Art zu verhindern, wurde ab diesem Zeitpunkt im vorliegenden Verfahren ein elektronisches Aktenverzeichnis angelegt. Das Sekretariat informierte die Parteien mit Schreiben vom 11. Oktober 2010 über den Verfahrensfortgang und zeigte an, dass ihnen die Akten in der Folge elektronisch zur Einsicht zugesandt würden. Mit Schreiben vom 4. November 2010 wurden die Verfahrensakten ab 1. Juni 2009 den Parteien zur Einsicht zugestellt. Das Sekretariat sandte den Parteien zusammen mit dem Antrag vom 20. Mai 2011 erneut sämtliche Aktenstücke ab dem 1. Juni 2010 in elektronischer Form.

285. Abschliessend ist das Vorbringen, die Akten seien nicht vollständig geführt bzw. zur Einsicht vorgelegt worden, unbegründet.

286. b) Dem Vorbringen, die Parteien hätten vorgängig mündlich angehört werden müssen, kann nicht gefolgt werden. Weder die Bundesverfassung noch die EMRK kennen einen grundrechtlichen Anspruch darauf, vom Untersuchungsbeamten persönlich befragt zu werden, und aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör lässt sich nicht zwingend ein Recht auf mündliche Äusserung ableiten.³⁰¹

287. Es ist ferner zu bedenken, dass in einem Kartellverfahren nicht sämtliche abzuklärenden Fragen aufgrund ihrer Komplexität überhaupt mündlich erläutert werden können. Zum Beispiel können Fragen über die wettbewerbsrechtlichen Auswirkungen einer Abrede, welche für den Verfahrensausgang eine zentrale Rolle spielen, kaum je mündlich beantwortet werden. Eine solche Frage erfordert eine genauere Analyse und kann den Behörden am besten schriftlich mitgeteilt werden.

288. Aufgrund der vorliegenden Selbstanzeigen war denn der "Tathergang" als solcher weitgehend unbestritten. Zusätzliche Informationen wurden daher mittels Fragebogen und nicht mündlich erfragt. Allfällige aus Parteisicht unrichtigen Sachverhaltsfeststellungen konnten von diesen in ihren Stellungnahmen gemäss Art. 30 Abs. 2 KG gerügt werden. Zudem konnten sie sich zu den Vorwürfen im Detail äussern.

289. Das Sekretariat wies in seinem Schreiben vom 27. Mai 2010 darauf hin, dass es sich beim versandten Antrag um einen Entwurf handelte. Entsprechend räumte es den Parteien die Möglichkeit ein, sich ausführlich und innerhalb einer angemessenen Frist zu diesem Entwurf zu äussern. Das Sekretariat gewährte sämtlichen Parteien unter Beachtung der Gerichtsferien Fristverlängerungen zur Stellungnahme bis am 27. August 2010. In gut begründeten Fällen wurde die Frist sogar um zwei Wochen verlängert. Basierend auf den Eingaben überarbeitete das Sekretariat den Entwurf fundamental und änderte seine Erwägungen und die daraus abgeleitete Rechtsfolge zu Gunsten der Parteien. Es informierte die Parteien mit Schreiben vom 11. Oktober 2010, dass sie erneut Stellung nehmen könnten, bevor der Antrag allenfalls erneut überarbeitet der Kommission zum Entscheid überwiesen würde. Entsprechend haben die Parteien erneut Gelegenheit zur Stellungnahme erhalten.

290. Abschliessend steht fest, dass die Parteien zwei Mal detailliert zu jeder Sachverhalts- und Rechtsfrage Stellung nehmen konnten, bevor dieser Antrag an die Kommission zum Entscheid überwiesen wurde. Von einer Verletzung des rechtlichen Gehörs kann unter diesen Umständen keine Rede sein.³⁰²

291. Vor diesem Hintergrund und dem Umstand, dass keine Sanktion zur Debatte steht, verzichtet die Kommission auf eine zusätzliche mündliche Anhörung der Parteien.

292. c) Art. 12 VwVG sieht vor, dass der Sachverhalt von der Behörde von Amtes wegen festgestellt wird. Dieser Grundsatz wird durch den den Parteien zustehenden Gehörsanspruch ergänzt. Gemeinsam sollen sie sicherstellen, dass der Sachverhalt korrekt und vollständig ist, dass die erheblichen Beweise erhoben und zutreffend gewürdigt werden und dass der Entscheid auf alle wesentlichen Elemente abstützt und in nachvollziehbarer Weise begründet ist.³⁰³ Der Anspruch auf rechtliches Gehör ergänzt also den Untersuchungsgrundsatz und dient der Ermittlung der materiellen Wahrheit.³⁰⁴

293. Indem das Sekretariat den Entwurf des Antrages den Parteien zur Stellungnahme unterbreitete, konnten die Parteien ausführlich Stellung nehmen und ihre Sichtweise zu sämtlichen Aspekten des Entwurfs darstellen, ohne sich dadurch ungewollt selbst zu belasten. Sie konnten zudem entlastende Beweismittel vorbringen und zur Darstellung des Sachverhaltes beitragen. Auf

³⁰¹ Urteil des BGer 6B_1018/2009 vom 26.01.2010, E. 2; BGE 125 I 209 E. 9b; PATRICK SUTTER, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), 2008, Art. 30 N 10.

³⁰² Urteil des BGer 2a.430/2006 vom 11. Juli 2006, RPW 2007/1, 133, E. 7.2, *Schweizerischer Buchhändler- und Verleger-Verband et al/ REKO WEF*.

³⁰³ Entscheid der REKO/WEF, RPW 2005/4, 672, 678, E. 4, *Ticketcorner*.

³⁰⁴ Entscheid der REKO/WEF, RPW 2006/2, 356 E. 4.1, *Berner Zeitung AG, Tamedia/WEKO*.

der Grundlage der Parteieingaben und eingegebenen Gutachten, wurde der Antrag grundlegend überarbeitet. Ferner untersuchte das Sekretariat den Sachverhalt zusätzlich, indem es die Daten der grössten Handelspartner der Parteien einforderte und deren Geschäftsführer befragte. Des Weiteren forderte es die Bruttopreislisten der Parteien von 2004-2010 in elektronischer Form ein.

294. Vor diesem Hintergrund kann nicht von einer Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes ausgegangen werden. Vielmehr ermöglichte diese Vorgehensweise dem Sekretariat im Rahmen der üblichen Verfahrensdauer einer Untersuchung den Sachverhalt detailliert und unter Beachtung der Parteivorbringen abzuklären. Der Untersuchungsgrundsatz wurde folglich nicht verletzt.

(ii) Pressemitteilung und Befangenheit der Wettbewerbskommission

295. Von den Parteien wird teilweise geltend gemacht, die Pressemitteilung des Sekretariats vom 28. Mai 2010 sei verfahrensrechtlich und rechtsstaatlich unzulässig. Sie sei zudem voreilig und ohne Rechtsgrund erfolgt. In der Öffentlichkeit sei eine Erwartungshaltung geschürt worden, die WEKO werde gegen die Parteien hart vorgehen. Eine objektive und unbefangene Auseinandersetzung mit dem Sachverhalt sei aufgrund des öffentlichen Drucks nicht mehr möglich.³⁰⁵ Zwar wurde kein Antrag auf den Ausstand der gesamten Behörde gestellt, jedoch bringen die Parteien dermassen grundsätzliche Kritik an der entscheidenden Behörde an, dass sich eine Auseinandersetzung mit diesen Vorbringen rechtfertigt.

296. Vorab ist klarzustellen, dass diese Ausführungen auf der Annahme beruhen, die Wettbewerbskommission würde über den Antragsentwurf befinden, ohne dass die Parteivorbringen vorher vom Sekretariat beachtet würden. Diese Annahme trifft nicht zu, wie der vorliegende Antrag und die reichhaltige Praxis der WEKO zeigen. Dieser Ausgangslage entsprechend stimmte der Inhalt der Pressemitteilung nicht mit dem Inhalt des Antrags des Sekretariats überein, der der Kommission präsentiert wurde.

297. Das Vorbringen, die Pressemitteilung sei ohne gesetzliche Grundlage vom Sekretariat veröffentlicht worden, trifft nicht zu. Unter dem Titel "Informationspflichten" hält Art. 49 Abs. 1 KG fest, dass das Sekretariat und die WEKO die Öffentlichkeit über ihre Tätigkeit informieren. Wie aus dem Wortlaut der Norm folgt, handelt es sich folglich nicht um eine Kann-Vorschrift, vielmehr ist das Sekretariat verpflichtet die Öffentlichkeit zu informieren.³⁰⁶

298. Das Sekretariat informiert die Öffentlichkeit dementsprechend vielfach mit Pressemitteilungen.³⁰⁷ Gemäss der Praxis des Sekretariates wird die Öffentlichkeit über Geschäfte informiert, an denen ein grosses Informationsinteresse besteht.³⁰⁸ Dies ist etwa bei der Eröffnung von Untersuchungen und Vorabklärungen der Fall oder wenn das Sekretariat seinen Antrag den Parteien zur Stellungnahme verschickt.³⁰⁹

299. Wenn also das Sekretariat seiner gesetzlichen Informationspflicht nachkommt, kann darin nicht ein Befangenheitsgrund liegen. Dies gilt erst recht für die WE-

KO, welche ihre Entscheide zwar auf Antrag, aber dennoch unabhängig vom Sekretariat trifft (Art. 18 Abs. 3 KG, Art. 4 Geschäftsreglement).

300. Schliesslich sind die Vorbringen, es sei in der Öffentlichkeit eine Erwartungshaltung geschürt worden, welche es der WEKO verunmöglichten, sich objektiv und unbefangen mit dem Sachverhalt auseinanderzusetzen, blosser Spekulationen. Spekulationen reichen nicht aus um die Befangenheit der Kommissionsmitglieder glaubhaft zu machen.³¹⁰

(iii) Selbstanzeige sowie Verstoss gegen Treu und Glauben

301. Wie dargestellt, trafen sich am 9. September 2008 ein damaliger Vizedirektor des Sekretariates (in der Folge X), der Präsident der ASCOPA, die Verbandssekretärin und der Geschäftsführer von Estée Lauder (Rz 260 ff.). Die Verbandssekretärin ist ausgebildete Juristin und im Besitz eines schweizerischen Anwaltpatents.

302. Gemäss Estée Lauder klärte das Sekretariat dieses Treffen nicht genügend genau ab. Dieses Vorbringen erfolgt verfrüht. Die Existenz dieses Treffens wurde vom Sekretariat nie bestritten, sondern entsprechend den vorliegenden Beweismitteln im Antragsentwurf vom 27. Mai 2010 dargelegt. Gestützt darauf konnten die teilnehmenden Parteien ihre Sicht zum Ablauf des Treffens in ihren Stellungnahmen umfassend darlegen. Es ist nicht nachvollziehbar, welche zusätzlichen Untersuchungsmassnahmen hierzu noch notwendig sein sollten. Die Parteien haben denn auch keine Beweise und Sachverhalte vorgebracht, die dem Sekretariat nicht bereits bekannt waren. Die Tatsachen bezüglich dieses Treffens sind also unbestritten.

303. Die aus dem Treffen abgeleiteten Ansprüche konnten die Parteien mit ihrer Stellungnahme vorbringen, sie wurden vorliegend eingehend berücksichtigt. Die praktischen Konsequenzen, die aus der Befolgung oder Nichtbefolgung der Parteivorbringen fliessen, sind mittlerweile gering, da das Sekretariat keine Sanktion mehr beantragte wie im Antragsentwurf vom 27. Mai 2010. Dennoch drängt sich eine nähere Auseinandersetzung mit den Parteivorbringen auf. Einerseits ist es notwendig, die Umstände des Treffens klarzustellen. Andererseits stellen sich Fragen im Zusammenhang mit der Einreichung von Selbstanzeigen, die auch in künftigen Verfahren aufgeworfen werden könnten und daher einer Klarstellung bedürfen.

³⁰⁵ Act. 422, 24 ff.

³⁰⁶ Vgl. Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994, BBl. 1995, 619; STEFAN KOLLER, in: Stämpfli Handkommentar zum Kartellgesetz, Baker & McKenzie (Hrsg.), 2007, Art. 49 N 2.

³⁰⁷ Vgl. etwa das Urteil des BVGer B-420/2008 vom 01.06.2010, E. 11, Strassenbeläge Tessin; THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 49 N 6.

³⁰⁸ PATRICK KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER/SIMON BANGERTER, in: Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Handbücher für die Anwaltspraxis Bd. IX, Geiser/Krauskopf/Münch (Hrsg.), 2005, Rz 12.16.

³⁰⁹ Vgl. z.B. die Medienmitteilungen des Sekretariates vom 28.05.2010, 07.05.2009, 13.11.2008, 10.01.2007.

³¹⁰ RETO GFELLER, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), 2008, Art. 10 N 15.

304. Die Parteien bringen im wesentlichen vor:³¹¹

1. Wodma 41 und Estée Lauder hätten an der Aufdeckung der (angeblichen) Wettbewerbsbeschränkung mitgewirkt. Die Selbstanzeige der [...] sei nicht die erste Information gewesen, welche es der Wettbewerbskommission ermöglichte eine Untersuchung einzuleiten. Estée Lauder, Wodma 41 und ASCOPA hätten diese Informationen den Behörden verschafft.
2. Das Gespräch vom 9. September 2008 sei eine Beratung im Sinne von Art. 23 Abs. 2 KG. Die Eröffnung des Verfahrens verletze Treu und Glauben. Der Vizedirektor habe das berechtigte Vertrauen in den Parteien begründet, es bestehe kein Bedarf an einer "formellen Selbstanzeige". Er habe keine Zusicherung gemacht, dass der Informationsaustausch nicht sanktionierbar sei. Er hätte jedoch die Gesprächsteilnehmer über das Sanktionsrisiko informieren müssen.

305. Estée Lauder leitet daraus ab, Wodma 41 und Estée Lauder dürften gemeinsam nicht oder nur teilweise sanktioniert werden. Die Unternehmen stützen sich also einerseits auf den Grundsatz von Treu und Glauben und andererseits darauf, dass sie de facto schon als erste eine Selbstanzeige eingereicht hätten.

306. "Der Grundsatz des Vertrauensschutzes bedeutet, dass die Privaten Anspruch darauf haben, in ihrem berechtigten Vertrauen in behördliche Zusicherungen oder in anderes, bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten der Behörden geschützt zu werden".³¹² Daraus folgt, dass der Vertrauensschutz einer Grundlage bedarf, die beim Betroffenen eine bestimmte Erwartung auslöst. Sie besteht in der Regel in einer behördlichen Zusicherung oder Auskunft.³¹³ Die Rechtsfolge bestünde in der vorliegenden Fallkonstellation darin, dass die Behörden an die Vertrauensgrundlage gebunden wären.³¹⁴

307. Die Parteien haben nicht klar umschrieben, worin ihre Erwartungen bestanden, die durch das Treffen mit X hervorgerufen wurden. In der Folge ist vorab darzulegen, worin die möglichen Erwartungen der Parteien bestehen. Daraus ergibt sich, ob die geforderte Rechtsfolge (Sanktionsausschluss oder -reduktion) hätte eintreten können. Aufgrund der Eingaben ist ferner zu erläutern, ob die gelieferten Informationen unabhängig vom Zeitpunkt ihrer Einreichung überhaupt als Selbstanzeige qualifiziert werden könnten. Zudem ist zu klären, ob auch zwei Unternehmen gleichzeitig eine Bonusmeldung einreichen könnten. Falls diese Fragen verneint werden müssen, ist schliesslich zu erörtern, ob eine Zusammenarbeit vorgelegen hätte, welche sanktionsmindernd hätte berücksichtigt werden müssen.

308. Der hier geschilderte und zu beurteilenden Informationsaustausch spielte sich vor dem Treffen vom 9. September 2008 ab und war damals weitgehend abgeschlossen. Die Einschätzungen von X erfolgten somit ex post. Die Erwartungen der Parteien konnten daher lediglich ihr Verhalten ab dem 9. September 2008 leiten. Die Parteien hätten annehmen können,

- a. der Informationsaustausch sei zulässig,

- b. der Informationsaustausch sei zwar allenfalls unzulässig, stelle aber keinen sanktionierbaren Sachverhalt dar,
- c. es würde aufgrund von a) oder trotz b) kein Verfahren eröffnet,
- d. falls ein Verfahren eröffnet würde, seien sie Selbstanzeiger und würden nicht oder nur in reduziertem Masse sanktioniert.

309. a) Die Erwartung der Informationsaustausch in seiner bisherigen Form sei zulässig, hatten die Parteien nachweislich nicht. Andernfalls hätten sie ihr Verhalten nach dem Treffen nicht eingestellt. Estée Lauder bringt dazu wörtlich vor:³¹⁵

"Zu keinem Zeitpunkt vermittelte [X] den Eindruck, dass im Zusammenhang mit dem offen gelegten Informationsaustausch Sanktionen ausgesprochen werden könnten. Er vermittelte den Eindruck, dass der Informationsaustausch ordnungsgemäss sei, **wenn** mit Bezug auf die Umsatzinformationen die besprochene dreimonatige Verzögerung beachtet würde. [...] Am gleichen Tag sandte Frau [...] ein E-Mail an [X] und drückte ihren Dank für die Besprechung vom 9. September 2008 aus. Sie bestätigte gegenüber [X], dass **keine Preisinformationen mehr ausgetauscht** würden und dass eine Verzögerung von drei Monaten im Zusammenhang mit den Informationen über Umsätze in der Zukunft beachtet würden."

310. Die von Estée Lauder erwähnte E-Mail lautet an der betreffenden Stelle folgendermassen:

[...] „A ce titre, nous avons retenu **qu'aucune information sur les prix ne doit être échangée** au sein de l'association, pratique que nous n'exercions cependant déjà nullement.

En ce qui concerne les informations liées aux chiffres d'affaires, nous avons bien compris que les données publiées **doivent être des données historiques qui ne permettront pas aux membres d'anticiper le comportement d'un concurrent**. A ce titre, nous ne publierons ces données qu'avec un décalage de 3 mois. Seules des informations générales sur l'évolution des chiffres d'affaires seront communiquées mensuellement.

Enfin, nous avons pris note que les données communiquées aux membres de l'association doivent avoir pour **finalité d'atteindre les buts de l'association fixés statutairement en conformité de la loi**." [...]

311. Aus diesen Aussagen und der E-Mail der Verbandssekretärin³¹⁶ folgt, dass die Parteien davon ausgingen, der Informationsaustausch sei nicht zulässig, zumindest nicht in der bis anhin betriebenen Form. Ihre X zugesicherte Verhaltensanpassung (kein Preislisten-austausch, Austausch historischer Umsatzdaten) ergäbe

³¹¹ Act. 434, 12f.; Act. 439, 103 ff.

³¹² ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2010, 131.

³¹³ Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn 312), 132 ff.

³¹⁴ Vgl. etwa, CHRISTOPH ROHNER, in: Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender (Hrsg.), 2008, Art. 9 N 55.

³¹⁵ Act. 439 Rz 216 f.

³¹⁶ Vgl. Act. 171, Beilage 6.

ansonsten keinen Sinn. Wären die Parteien davon ausgegangen, ihr Verhalten sei zulässig, wäre der Informationsaustausch wie bis anhin weitergeführt worden. Das Verhalten von X führte jedoch nicht dazu. Es besteht also keine Grundlage für einen Vertrauensschutz.

312. Hätten die Parteien aufgrund des Treffens den Informationsaustausch unverändert weitergeführt, hätten sie sich allenfalls in einem Verbotsirrtum befunden. Ein Verbotsirrtum setzte voraus, dass die Parteien irrtümlich glaubten, der Informationsaustausch sei zulässig und sie täten nichts Unrechtes.³¹⁷ In Bezug auf das bereits vergangene Verhalten kann X kein Verbotsirrtum herbeigeführt haben, da es abgeschlossen war. Mit Bezug auf das künftige Verhalten tat er dies ebenso wenig, da die Parteien den Informationsaustausch einstellten. Auch unter dem Aspekt des Verbotsirrtums besteht also kein Anspruch auf Besserstellung der Parteien.

313. b) Folglich konnten die Parteien allenfalls noch annehmen, ihr Verhalten sei zwar allenfalls unzulässig, aber nicht sanktionierbar, wie dies Estée Lauder mit ihrer Aussage "Zu keinem Zeitpunkt vermittelt [X] den Eindruck, dass im Zusammenhang mit dem offenen gelegten Informationsaustausch Sanktionen ausgesprochen werden könnten", nahe legt. Gleichzeitig gibt aber Estée Lauder an, dass "anlässlich der Besprechung vom 9. September 2008 das Thema Sanktionen gegen ASCOPA oder deren Mitglieder von [X] nicht erwähnt wurde".³¹⁸ Zudem gibt Estée Lauder an: "Es mag korrekt sein, dass [X] nicht zuständig gewesen wäre, den Teilnehmern an der Sitzung Sanktionsfreiheit nach dem Kartellgesetz zuzusichern (der Klarheit halber sei festgehalten: **Eine solche Zusicherung erfolgte nicht**)."

314. Da X keine Sanktionsfreiheit zugesichert hatte, ist es fraglich, inwiefern sich die Gesprächsteilnehmer diesbezüglich auf Vertrauensschutz berufen können. Wie geschildert, gingen die Parteien davon aus oder mussten davon ausgehen, der Informationsaustausch sei unzulässig, und unzulässige Verhaltensweisen sind im KG zumindest potenziell mit Sanktionen bedroht. In Anbetracht dessen, dass die anwesende Verbandssekretärin ein Anwaltspatent besitzt, wäre den Parteien dieser Schluss zuzumuten gewesen. Es fehlt somit auch diesbezüglich an einer Vertrauensgrundlage, worauf sich die Parteien stützen könnten.

315. Selbst wenn das WEKO-Sekretariat zugesichert hätte, das Verhalten sei nicht sanktionierbar, könnten die Parteien keine Rechte daraus ableiten. Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts entfalten unrichtige individuelle Zusicherungen oder Auskünfte Rechtswirkungen, wenn

1. die Behörde in einer konkreten Situation bezüglich bestimmter Personen handelte,
2. die Behörde für die Erteilung der betreffenden Auskunft zuständig war oder wenn der Bürger sie aus zureichenden Gründen als zuständig betrachtete,
3. der Bürger die Unrichtigkeit der Auskunft nicht ohne weiteres erkennen konnte,

4. er im Vertrauen auf die Richtigkeit der Auskunft Dispositionen getroffen hat, die nicht ohne Nachteil rückgängig gemacht werden können und
5. die gesetzliche Ordnung seit der Auskunftserteilung keine Änderung erfahren hat.³¹⁹

316. Es ist offensichtlich, dass die Behörde in einer konkreten Situation bezüglich bestimmter Personen gehandelt hat und sich die Gesetzeslage seither nicht verändert hat. Hingegen war die Behörde erkennbar nicht zuständig für eine solche Zusicherung oder Auskunftserteilung. Zudem wäre die Unrichtigkeit dieser Auskunft für die Parteien leicht erkennbar gewesen. Wie aus Art. 18 Abs. 3 KG hervorgeht besitzt einzig die WEKO die Kompetenz eine Sanktion zu verhängen.

317. Von der Verbandssekretärin (vgl. Rz 314) kann verlangt werden, dass sie sich insbesondere in der vorliegenden Situation mit dem Kartellverfahren zumindest in grundsätzlicher Weise auseinandersetzt. Bei der Lektüre von Art. 18 Abs. 3 KG, wäre es ersichtlich gewesen, dass das Sekretariat nicht kompetent ist, über die Sanktionierung eines Unternehmens zu entscheiden. Die Parteien können folglich auch unter diesem Aspekt keinen Vertrauensschutz beanspruchen. Vorliegend sei noch einmal betont, dass der damalige Vizedirektor erwiesenermassen keine solche Zusicherung machte (vgl. oben Rz 313).

318. Diese Einschätzung deckt sich schliesslich mit der Rechtsprechung. Das Bundesverwaltungsgericht stellte wiederholt fest, dass die Parteien nicht in guten Treuen davon ausgehen könnten, der zuständige Abteilungsleiter sei ermächtigt, die Sanktionskompetenz der Wettbewerbskommission durch Zusicherungen auszusetzen.³²⁰

319. c) Wie aufgezeigt, konnten die Parteien weder davon ausgehen, der Informationsaustausch sei zulässig, noch lag eine Zusicherung vor, der Informationsaustausch stelle keinen sanktionierbaren Tatbestand dar. Dennoch schrieb die Verbandssekretärin in ihrer E-Mail vom 6. Oktober 2008 an die Komiteemitglieder (Dior, Chanel, Clarins und Bergerat) folgendes:

"Par conséquent, les informations que nous avons fournies pour obtenir les renseignements que nous souhaitons **ne sauraient en aucun cas être utilisées par la Commission de la concurrence pour effectuer un contrôle au sein de l'ASCOPA**."³²¹

³¹⁷ MARCEL ALEXANDER NIGGLI/CHRISTOPH RIEDO, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Vor Art. 49a-53 N 159.

³¹⁸ Act. 439, Rz 216.

³¹⁹ BGE 121 V 65, 67 E. 2a.

³²⁰ Urteil des BVGer B-2977/2007 vom 27.04.2010, E. 7.4.5.4, *Publigroupe et al./WEKO*; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2157/2006 vom 3.10.2007, RPW 2007/4, E. 4.2.6, *Flughafen Zürich AG (Unique)*.

³²¹ Vgl. Act. 171, Beilage 6.

320. Gemäss dem fett gedruckten Satz ging die Verbandssekretärin also davon aus, dass die von ihr gelieferten Informationen nicht zu einer Hausdurchsuchung des Sekretariats bei der ASCOPA führen würden. Es kann dahingestellt bleiben, ob X eine solche Zusicherung jemals gemacht hat. Denn eine Hausdurchsuchung wurde nicht durchgeführt, womit die Grundlage für den Vertrauensschutz streng genommen wiederum nicht gegeben wäre. Der Satz kann grosszügiger ausgelegt aber tatsächlich bedeuten, dass sie davon ausging, es würde kein Verfahren gegen ASCOPA und seine Mitglieder eröffnet.

321. Zur Erinnerung sei erwähnt, dass unrichtige individuelle Zusicherungen oder Auskünfte gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts Rechtswirkungen entfalten, u.a. wenn

- die Behörde für die Erteilung der betreffenden Auskunft zuständig war oder wenn der Bürger sie aus zureichenden Gründen als zuständig betrachten konnte
- und der Bürger die Unrichtigkeit der Auskunft nicht ohne weiteres erkennen konnte.³²²

322. Gemäss Art. 27 Abs. 1 KG eröffnet das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums eine Untersuchung, wenn Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegen. Diese Bestimmung zeigt auf, dass das Sekretariat nicht die alleinige Kompetenz besitzt, eine Untersuchung zu eröffnen. Daraus folgt, dass der damalige Vizedirektor nicht die Kompetenz besass, eine Zusicherung zu machen, es würde kein Verfahren eröffnet.

323. In Bezug auf die Verbandssekretärin kann auf das in Rz 314 Gesagte verwiesen werden. Bei der Lektüre von Art. 27 Abs. 1 KG wäre die mangelnde Kompetenz ohne weiteres ersichtlich gewesen. Die Parteien konnten sich folglich nicht im guten Treuen darauf verlassen, es würde kein Verfahren eröffnet.

324. d) Schliesslich hätten die Parteien aufgrund des Treffens noch annehmen können, falls ein Verfahren eröffnet würde, seien sie Selbstanzeiger. In der oben erwähnten E-Mail vom 6. Oktober 2008 schreibt die Verbandssekretärin an die Komiteemitglieder (Dior, Chanel, Clarins und Bergerat) folgendes:

"Nous vous précisons que la réunion susmentionnée a eu lieu **à titre purement confidentiel et informel**. En quelque sorte, **elle n'a jamais existé**."³²³

325. Diese Mail und der Umstand, dass keinerlei Schreiben des Sekretariats vorliegt, welches an die Gesprächspartner gerichtet ist, zeigen auf, dass das Gespräch informell erfolgte. Dies war der Verbandssekretärin auch klar als sie schrieb: "*En quelque sorte, elle [la réunion] n'a jamais existé*". Informellen Gesprächen ist eigen, dass die Gesprächsteilnehmer sich unverbindlich über einen Sachverhalt austauschen wollen. Es fehlt ihnen also klar am Bindungswillen.

326. Einer Selbstanzeige geht diese Unverbindlichkeit ab. Dies folgt bereits aus dem Wortlaut von Art. 8 Abs. 1 SVKG, wo es heisst: "Die Wettbewerbskommission erlässt einem Unternehmen die Sanktion vollständig, wenn es **seine Beteiligung** an einer Wettbewerbsbeschrän-

kung im Sinne von Artikel 5 Absätze 3 und 4 KG **anzeigt**." Dies bedingt, dass die Parteien zumindest annehmen, an einer unzulässigen und sanktionierbaren Wettbewerbsbeschränkung beteiligt gewesen zu sein. Die Selbstanzeige ist daher vergleichbar mit einem Geständnis in einem Strafverfahren. In beiden Fällen wird die Beteiligung an einem Sachverhalt zugegeben, von dem der Geständige bzw. Selbstanzeiger annimmt, dass er nicht gesetzeskonform ist. Alleine daraus ist ersichtlich, dass es gar keine Grundlage gibt, auf die sich der Vertrauensschutz der Parteien stützen könnte.

327. Laut Estée Lauder stellt die Besprechung vom 9. September 2008 eine Beratung im Sinne von Art. 23 Abs. 2 KG dar. Gegen eine solche Auslegung spricht der soeben geschilderte informelle Charakter des Gesprächs. Zudem berät das Sekretariat Unternehmen praxismässig nur auf schriftliche Anfrage hin und erteilt eine schriftliche Antwort. Dementsprechend sind Beratungen gebührenpflichtig (vgl. Art. 1 Abs. 1 Bst. d GebV-KG).³²⁴ Die Parteien vermögen weder eine offizielle schriftliche Beratungsanfrage, noch eine schriftliche Antwort des Sekretariats vorzubringen, welche ihr Vorbringen stützen könnte. Estée Lauder und Wodma 41 wurden zudem von einer ausgebildeten Rechtsanwältin begleitet, welche ihnen die richtige Vorgehensweise hätte aufzeigen können.

328. Geht man dessen ungeachtet von einer Beratung im Sinne von Art. 23 Abs. 2 KG aus, lässt sich im vorliegenden Fall dennoch kein Vertrauensschutz daraus ableiten. Eine Beratung basiert alleine auf den (unvollständigen) Angaben, welche die Parteien dem Sekretariat vorlegen. Das Sekretariat klärt den Sachverhalt nicht selbst ab. Beratungen erfolgen daher unter dem Vorbehalt, dass die WEKO durch die Beratung nicht gebunden ist.³²⁵ Entsprechend kann auf dem Weg der Beratung das Sanktionsrisiko nicht entfallen.³²⁶ Es leuchtet ohne weiteres ein, dass das Sekretariat ohne detaillierte Untersuchungen die komplexen wettbewerbsrechtlichen Wirkungen eines Informationsaustausches nicht analysieren kann. Folglich kann das Sekretariat auch die Zulässigkeit und Sanktionierbarkeit des Informationsaustausches alleine schon daher nicht abschliessend im Rahmen einer Beratung beurteilen.

329. Estée Lauder bringt vor, X habe das berechtigte Vertrauen in den Parteien begründet, es bestehe kein Bedarf an einer "formellen Selbstanzeige". Dies impliziert, dass Estée Lauder davon ausgeht, sie habe tatsächlich eine "informelle" Selbstanzeige eingereicht.

³²² BGE 121 V 65, 67 E. 2a.

³²³ Vgl. Act. 171, Beilage 6.

³²⁴ ROLF DÄHLER, Wettbewerbsbehörden: Ihre Aufgaben und Befugnisse, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. V/2 Kartellrecht, von Büren/David (Hrsg.), 2000, 583.

³²⁵ DÄHLER (zit. Fn 324), 583; SIMON BANGERTER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 23 N 48.

³²⁶ BANGERTER (Fn 325), Art. 23 N 50.

Diesfalls ist es unerklärlich, warum das Sekretariat den Eingang der Selbstanzeige unter Angabe der Eingangszeit nicht bestätigt hat. Eine solche Bestätigung ist in Art. 9 Abs. 3 SVKG vorgesehen und wird vom Sekretariat ausnahmslos ausgehändigt. Hätten die Parteien Selbstanzeige einreichen wollen, hätte die Verbandssekretärin (vgl. Rz 314) die Parteien entsprechend unterrichtet. Dieses Vorbringen von Estée Lauder ist daher nicht glaubwürdig.

330. Ferner lassen sich folgende widersprüchliche Verhalten nicht erklären: Erstens behaupten die Parteien das Treffen vom 9. September 2008 stelle eine Beratung im Sinne von Art. 23 Abs. 2 KG dar. Gleichzeitig wollen die Parteien eine informelle Selbstanzeige eingereicht haben. Für den Fall, dass sie keine informelle Selbstanzeige eingereicht haben, möchte sie, dass man das Treffen als Selbstanzeige qualifiziert. Zweitens meldeten die Parteien bis nach Versand des Antragsentwurfs am 27. Mai 2010 nie ihren Anspruch darauf an, dass sie als erstes eine Selbstanzeige eingereicht hätten. Dies obwohl das Sekretariat bereits in seiner Pressemitteilung vom 2. Dezember 2008 ausführt, es sei eine Anzeige bei ihm eingegangen und es werde geprüft, ob eine unzulässige Wettbewerbsabrede vorliege. Zudem hätten die Parteien beim Erhalt des an sie adressierten Eröffnungsschreibens reagieren sollen.

331. Wenn es auch denkbar gewesen wäre, den Marker für die Selbstanzeige auch noch nach Verfahrenseröffnung den Gesprächsteilnehmern zuzusprechen, wenn tatsächlich eine das Vertrauen zu schützende Situation vorgelegen hätte, wäre dies nur kurz nach Verfahrenseröffnung möglich gewesen. Andernfalls hätten die Parteien ihren Anspruch auf Vertrauensschutz verwirkt. Denn damit ein Selbstanzeiger von einem Sanktionserlass profitieren kann, muss er zahlreiche Bedingungen erfüllen:

332. Art. 49a Abs. KG bestimmt: "Wenn das Unternehmen an der Aufdeckung und der Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung mitwirkt, kann auf eine Belastung ganz oder teilweise verzichtet werden." Die genauen Voraussetzungen für den Erlass der Sanktion werden in Artikel 8 SVKG³²⁷ geregelt. Gemäss Art. 8 Abs. 1 SVKG erlässt die Wettbewerbskommission einem Unternehmen die Sanktion vollständig, wenn es seine Beteiligung an einer Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Absätze 3 und 4 anzeigt und als Erstes:

- a) Informationen liefert, die es der Wettbewerbsbehörde ermöglichen, ein kartellrechtliches Verfahren gemäss Art. 27 KG zu eröffnen; oder
- b) Beweismittel vorlegt, welche der Wettbewerbsbehörde ermöglichen, einen Wettbewerbsverstoss gemäss Artikel 5 Absätze 3 oder 4 KG festzustellen.

333. Art. 9 SVKG umschreibt die Form und den Inhalt der Selbstanzeige. Art. 9 Abs. 1 zu Folge enthält die Selbstanzeige die nötigen Informationen zum anzeigenden Unternehmen, zur Art des angezeigten Wettbewerbsverstosses, zu den an diesem Verstoss beteiligten Unternehmen und zu den betroffenen bzw. relevanten Märkten. Die Selbstanzeige kann auch mündlich zu Protokoll gegeben werden. Art. 9 Abs. 3 SVKG bestimmt,

dass das Sekretariat den Eingang der Selbstanzeige unter Angabe der Eingangszeit bestätigt. Es teilt dem anzeigenden Unternehmen im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums mit, inwieweit es die Voraussetzungen für einen vollständigen Erlass der Sanktion nach Artikel 8 Absatz 1 als gegeben erachtet (Art. 9 Abs. 3 Bst. a SVKG), wobei die Wettbewerbskommission über die Gewährung des vollständigen Erlasses der Sanktion entscheidet (Art. 11 Abs. 1 SVKG).

334. Bereits Jahre vor Verfahrensbeginn publizierten die Wettbewerbsbehörden auf der Website der Wettbewerbskommission Erläuterungen zur SVKG. Darin sind nähere Ausführungen zum Form und Inhalt der Selbstanzeige zu entnehmen.³²⁸ Ferner beschreibt das Meldeformular "Bonusmeldung" vom 1. April 2005³²⁹ die Voraussetzungen für den vollständigen Erlass der Sanktion und die notwendigen Angaben, die eine Selbstanzeige enthalten sollte. Auch dieses Meldeformular ist auf der Website der Wettbewerbskommission aufgeschaltet. Beide Dokumente wurden von den Wettbewerbsbehörden selbst verfasst und legen deren konstante Praxis fest und führen aus, welche Angaben eine Selbstanzeige enthalten muss.

335. Aus alledem folgt, dass eine Selbstanzeige nicht nur schriftlich erfolgen muss oder allenfalls mündlich zu Protokoll gegeben werden kann. Es folgt daraus auch, dass Beweismittel vorgelegt werden müssen, die den Verstoss belegen, die relevanten Märkte beschrieben werden müssten etc. Sowohl die Gesetze als auch die Merkblätter sind leicht zugänglich auf der Website der WEKO publiziert. Für die anwaltlich vertretenen Parteien wäre es ohne weiteres möglich gewesen, diese Dokumente zu konsultieren.

336. Schliesslich behaupten Estée Lauder, Wodma 41 und ASCOPA weder, sie hätten die notwendigen Angaben und Beweismittel eingereicht, noch vermögen sie dies zu belegen. Sie bringen auch nicht vor X hätte ihnen zugesichert, sie hätten eine Selbstanzeige eingereicht. Während des gesamten Verfahrens versuchten sie nicht, Unterlagen einzureichen. Vielmehr warteten die Parteien bis zum Antragsversand, um ihr Vorgehen festzulegen.

³²⁷ Verordnung über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung, SVKG).

³²⁸ Abrufbar unter: <http://www.WEKO.admin.ch/dokumentation/01007/index.html?lang=de>.

³²⁹ Abrufbar unter: <http://www.WEKO.admin.ch/dienstleistungen/00106/index.html?lang=de>.

337. Abschliessend steht somit fest, dass die Parteien keine Informationen lieferten, die es den Wettbewerbsbehörden ermöglichten ein Verfahren zu eröffnen. Das Treffen vom 9. September 2008 vermag somit die formellen Voraussetzungen einer Selbstanzeige nicht zu erfüllen. Weiter besteht keine Vertrauensgrundlage, auf die sie sich berufen könnten. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass X diesbezüglich keinerlei Zusage ausgesprochen hatte und einfach zugänglich Informationsquellen bestanden, die es den Parteien erlaubt hätten, sich über die Behördenpraxis und Rechtslage in Bezug auf Selbstanzeigen zu unterrichten. Schliesslich ist zu bedenken, dass die Parteien am 9. September 2008 von einer Anwältin begleitet wurden und auch vor dem Versand des Antragsentwurfes vom 27. Mai 2010 nie geltend machten, sie seien Selbstanzeigerinnen. In Anbetracht dessen ist die Behauptung nicht plausibel, die Parteien seien davon ausgegangen, sie seien Selbstanzeigerinnen. Zudem konnten die Parteien aufgrund der Umstände auch nach gutem Treuen auch nicht davon ausgehen, sie hätten Selbstanzeige eingereicht. Sie sind vielmehr mangels Grundlage nicht in ihrem Vertrauen zu schützen.

(iv) Institutionelle Ausgestaltung

338. Coty bringt vor, die WEKO sei kein Gericht im Sinne von Art. 6 EMRK und habe die Kompetenz nicht, einen Entscheid im vorliegenden Verfahren zu fällen. Das Vorbringen, die WEKO sei kein Gericht im Sinn von Art. 6 EMRK, ist weder bestritten, noch hat es gemäss Rechtsprechung einen Einfluss auf die Zuständigkeit der WEKO, in einem Kartellverfahren Entscheide zu fällen.³³⁰

339. Gemäss Art. 30 Abs. 1 KG entscheidet die Wettbewerbskommission auf Antrag des Sekretariats mit Verfügung über die zu treffenden Massnahmen oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung. Die Parteien bestreiten die richtige Rechtsanwendung der Wettbewerbsbehörden nicht und bezweifeln die Zuständigkeit der WEKO nicht basierend auf dem geltenden Gesetzesrecht. Gemäss Art. 5 BV³³¹ sind Grundlage und Schranke des staatlichen Handelns aber das Recht. Die WEKO hat sich demnach an geltendes Gesetzesrecht zu halten, soweit es nicht übergeordnetem Recht widerspricht. Vor dem Hintergrund der bestehenden Rechtsprechung besteht kein Grund zur Annahme, die WEKO verstosse mit ihrer Gesetzesanwendung gegen übergeordnetes Recht. Der WEKO kommt unter diesen Umständen die Kompetenz nicht zu, sich für unzuständig zu erklären.

340. Darüber hinaus hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte mittlerweile entschieden, dass die Verhängung einer Sanktion durch eine Verwaltungsbehörde in erster Instanz nicht gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK verstösst, solange der Entscheid durch ein Gericht überprüft werden kann, das sämtliche Konventionsgarantien erfüllt.³³² Es ist unstrittig, dass das Bundesverwaltungsgericht diese Voraussetzungen erfüllt.³³³ Die WEKO handelt somit nicht nur gesetzeskonform, sondern genügt auch den Anforderungen der EMRK.

(v) Verhalten der Selbstanzeiger

341. Wie ausgeführt, ist die Selbstanzeige mit einem Geständnis im strafrechtlichen Sinne verwandt. Entsprechend kann eine Selbstanzeige wie ein Geständnis zurückgezogen werden. [...] und [...] schienen in ihren Stellungnahmen zum Antragsentwurf vom 27. Mai 2010 zu bestreiten, dass eine Abrede im Sinne Art. 4 KG vorliegt, obwohl sie beide Selbstanzeigen eingereicht hatten. Dieses Verhalten wäre einem Rückzug ihrer Selbstanzeige gleichgekommen. Denn gemäss Art. 8 Abs. 1 SVKG bzw. Art. 13 Abs. 1 SVKG muss das anzeigende Unternehmen "seine Beteiligung an einer *Wettbewerbsbeschränkung* im Sinne von Artikel 5 Absätze 3 und 4 KG [anzeigen]." Zeigt ein Unternehmen seine Beteiligung an einer *Wettbewerbsbeschränkung* an, bedingt dies, dass es eine rechtliche Einschätzung vornimmt. Um nämlich überhaupt zum Resultat zu gelangen, es sei angezeigt, eine Selbstanzeige einzureichen, muss das Unternehmen erstens damit rechnen, sein Verhalten könnte eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 KG sein. Zweitens muss es damit rechnen, dass die Wettbewerbsabrede möglicherweise unzulässig ist.

342. Indem die Selbstanzeigerin im Nachhinein nicht einmal die Möglichkeit einer Abrede im Sinne von Art. 4 KG einräumt, verhält sie sich widersprüchlich zu ihren ursprünglichen Einschätzungen und den darauf basierenden Eingaben. Sie kann diesen Widerspruch auch kundtun. Nur kann sie nicht gleichzeitig behaupten, es bestünde keine Abrede im Sinne von Art. 4 KG, sie zeige jedoch einen Wettbewerbsverstoss im Sinne von Art. 5 Abs. 3 bzw. 4 KG an. Ein Wettbewerbsverstoss im Sinne von Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG bedingt, dass eine Abrede im Sinne von Art. 4 KG besteht. Die Anzeigerin muss sich also entschliessen einen Wettbewerbsverstoss anzuzeigen oder von dieser Anzeige Abstand zu nehmen. Indem eine Anzeigerin das Vorliegen einer Abrede im Sinne von Art. 4 KG abstreitet, entscheidet sie sich für die zweite Option. Das ist legitim, nur entfällt damit die Grundvoraussetzung der Selbstanzeige. Damit entfielen auch die obligatorische Reduktion bzw. der Erlass der Sanktion (Art. 8 Abs. 1 SVKG, Art. 12 Abs. 1 SVKG).

343. Der endgültige Entscheid über die Zulässigkeit der Abrede fällt zwar die WEKO, den Parteien ist hingegen zuzumuten, eine erste Einschätzung vorzunehmen. Insbesondere muss die Selbstanzeigerin klar davon ausgehen, dass eine Abrede im Sinne von Art. 4 KG vorliegt. Dies gilt umso mehr als mit dieser Einschätzung noch

³³⁰ Vgl. Urteil des BVer B-2050/2007 vom 10.02.2010 E. 5.4.3, 5.4.4., 5.5, *Swisscom/WEKO* und die dort gemachten Angaben zu Literatur und Rechtsprechung; Urteil des BVer B-2977/2007 vom 27. April 2010 E. 8.1.1.4.

³³¹ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV), SR 101.

³³² Urteil des EGMR *Menarini Diagnostics S.R.L. contre Italie* vom 27. September 2011 Rz 58 f.

³³³ Urteil des BVer, RPW 2010/2, 273 E. 5.6.5.

nichts über die Zulässigkeit der Abrede ausgesagt ist und gemäss WEKO-Praxis die Schwelle für das Vorliegen einer Abrede im Sinne von Art. 4 KG äusserst niedrig ist. Im vorliegenden Fall haben die Selbstanzeigerinnen mittlerweile klargestellt, dass sie nicht beabsichtigten, ihre Selbstanzeige zurückzuziehen und sie auch das Vorliegen einer Abrede im Sinne von Art. 4 KG nicht grundsätzlich anzweifeln. Damit erübrigen sich weitergehende Ausführungen dazu.

344. Da der vorliegende Sachverhalt lange angedauert hat, ist noch hinzuzufügen, dass es die Parteien versäumt haben, die Wettbewerbsbeschränkung innert eines Jahres nach Inkrafttreten von Artikel 49a KG zu melden. Auf diese Weise hätten sie die Sanktionsgefahr ausschalten können (vgl. Schlussbestimmung des KG).

A.4.2.2 Verfahrensrechtliche Vorbringen zweite Stellungnahme

(i) Vorbemerkung

345. In den zweiten Stellungnahmen der Parteien werden zahlreiche Vorbringen zum Sachverhalt, dem Verfahren, den rechtlichen und ökonomischen, die bereits in der ersten Stellungnahme vorgebracht wurden, wiederholt. Die Wettbewerbsbehörden gehen auf diese Vorbringen nicht erneut ein, sondern beschränken sich in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesgerichts (Rz 350 f.) darauf, die wesentlichen Argumente abzuhandeln.

(ii) Verletzung des rechtlichen Gehörs

346. Mehrere Parteien argumentieren mit unterschiedlicher Begründung ihr Anspruch auf rechtliches Gehör sei verletzt worden.

347. Bulgari, Chanel, Deucos, Dior, PC Parfums, Puig, Richemont und Wodma weisen darauf hin, dass das Sekretariat nicht auf die Argumente der Parteien einginge oder die Beweismittel weitgehend ignoriere. Richemont meint zudem, sie werde kollektiv mit anderen Parteien abgefertigt. Dior und PC Parfums sehen ihren Anspruch zudem verletzt, weil das Sekretariat die Strukturmerkmale des Marktes im zweiten Antrag nicht mehr berücksichtigt hat. La Prairie/Juvena bringen vor, ihr Recht auf Akteneinsicht sei verletzt worden, weil das Sekretariat den Parteien keinen Einblick in Act. 218, Antwort 19 gewährt habe.

348. [...] und [...] bringen vor, dass sich auch Selbstanzeigerinnen zum Antrag des Sekretariats äussern dürften. Estée Lauder sieht ihr rechtliches Gehör schliesslich daher verletzt, weil ihr keine Einsicht in die Retailerdaten erteilt worden sei.

349. Vorab kann festgehalten werden, dass die Ausführungen von La Prairie/Juvena nicht zutreffen. Das Sekretariat sandte den Parteien, die genannten Aktenstücke mit Schreiben vom 20. Mai 2011 zu.³³⁴ Doch selbst wenn La Prairie/Juvena das Aktenstück nicht erhalten hätten, ist nicht nachvollziehbar, weshalb sie nicht beim Sekretariat danach fragten (vgl. unten Rz 367 f.). Weitere Ausführungen dazu erübrigen sich.

350. Der Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV verlangt, dass die Behörde die Vorbringen der Parteien hört, prüft und in der Entscheidungsfindung berück-

sichtigt. Daraus folgt die Verpflichtung der Behörde, ihren Entscheid zu begründen. Dabei ist es gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht erforderlich, dass sie sich mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken. Die Begründung muss so abgefasst sein, dass sich der Betroffene über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt.³³⁵

351. Zudem liegt nach konstanter höchstrichterlicher Rechtsprechung keine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor, wenn die Behörden auf die Abnahme beantragter Beweismittel verzichtet, weil sie auf Grund der bereits abgenommenen Beweise ihre Überzeugung gebildet hat und ohne Willkür annehmen kann, dass ihre Überzeugung durch weitere Beweiserhebungen nicht geändert würde.³³⁶

352. Mit Bezug auf die Vorbringen von Bulgari, Chanel, Deucos, Dior, PC Parfums, Puig, Richemont und Wodma ist festzuhalten, dass das Sekretariat die wesentlichen Punkte im Antrag vom 20. Mai 2011 ausführlich dargelegt hat. Alleine aufgrund des Umstandes, dass gewisse Parteien im Zusammenhang mit der Abhandlung eines Argumentes nicht namentlich genannt wurden, kann nicht geschlossen werden, ihr Anspruch auf rechtliches Gehör sei verletzt. Entscheidend ist, dass die zentralen Argumente, die zum Antrag führten beachtet wurden.

353. Der Vorwurf von Richemont, das Unternehmen sei kollektiv abgefertigt worden, verfährt nicht. Einerseits ist es einem Verfahren mit einer grossen Anzahl von Parteien inhärent, dass sich die Behörde gleichzeitig zu einem alle Parteien betreffenden gemeinsamen Sachverhalt äussert. Andererseits wurde die Sachverhaltsdarstellung durchaus individualisiert. So führt die Verfügung genau auf, welche Partei (inkl. Richemont), zu welchem Zeitpunkt an den Sitzungen der Generalversammlungen teilnahm (Rz 12), Vergleichspreislisten erstellte (Rz 33), Preislisten austauschte (Rz 39 ff., 50), Umsatzinformationen lieferte (Rz 120, 127, 135), Werbeinvestitionen austauschte (Rz 188-195) und sich an den Geschäftsbedingungen der ASCOPA ausrichtete (Anhang II). Dadurch legt die Verfügung offen, welches Verhalten Richemont vorgeworfen wird. Der implizite Vorwurf Richemonts, die Wettbewerbsbehörden hätten ihre Begründungspflicht verletzt, wird dadurch widerlegt.

³³⁴ Act. 584.

³³⁵ BGE 1C.201/2010 vom 24. Januar 2011 E. 2.1.; BGE 134 I 83, 88 E. 4.1 mit zahlreichen Hinweisen auf die Rechtsprechung.

³³⁶ BGE 1C.2011 vom 7. April 2011 E. 2.1.; BGE 136 I 229, 236 E. 5.3 mit zahlreichen weiteren Rechtsprechungshinweisen.

354. Dior/PC Parfums gehen davon aus, ihr Anspruch auf rechtliches Gehör sei verletzt, weil die Strukturmerkmale des Marktes im Gegensatz zum ersten Antragsentwurf in der überarbeiteten Antragsversion nicht mehr aufgeführt seien. Diese Vorbringen sind ungerechtfertigt. Einerseits wurden die Strukturmerkmale gerade aufgrund der Parteivorbringen in den ersten Stellungnahmen weggelassen, also gerade als Ausfluss des rechtlichen Gehörs. Andererseits dienen Strukturmerkmale dazu, aufgrund von Marktgegebenheiten aufzuzeigen, ob ein Markt kollusionsanfällig ist.³³⁷ Das bedeutet weder, dass Kollusion immer besteht, wenn diese Strukturmerkmale gegeben sind, noch dass Kollusion ausgeschlossen ist, wenn sie nicht gegeben sind. Das Sekretariat hat unter anderem mit der Datenauswertung dargelegt, dass Kollusion besteht. Es braucht dazu keiner zusätzlichen Beweise mehr. Ferner besagt bereits die Botschaft zum KG 1994:

"Das Konzept des wirksamen Wettbewerbs lehnt jeden strukturellen Determinismus ab, wonach aufgrund statischer Strukturmerkmale (Anzahl Firmen, Konzentration der Marktanteile etc.) zwingend auf bestimmte Verhaltensweisen oder Wettbewerbsergebnisse zu schliessen wäre."³³⁸

355. Die Vorbringen der Selbstanzeigerinnen, ihr Anspruch auf rechtliches Gehör sei verletzt, weil sie sich nicht zum Sachverhalt äussern dürften, ist verfehlt. Das Sekretariat hat den Selbstanzeigern den Antrag zwei Mal zur Stellungnahme zukommen lassen und deren Argumente in den Antrag umfassend einfließen lassen (vgl. nur etwa Rz 442 ff.). Inwiefern die Wettbewerbsbehörden diesbezüglich ihren Anspruch auf rechtliches Gehör abgesprochen haben sollen, ist nicht ersichtlich.

356. Soweit die Selbstanzeigerinnen sich mit ihren Vorbringen darauf beziehen, dass das Sekretariat davon ausgegangen war, sie hätten ihre Selbstanzeige implizit zurückgezogen, ist das rechtliche Gehör ebenso wenig verletzt. Einerseits konnten sich die Selbstanzeigerinnen ausführlich zum Standpunkt des Sekretariats äussern. Andererseits haben die Selbstanzeigerinnen nunmehr klargestellt, dass sie diese nicht zurückgezogen hätten. Das Sekretariat hat seinen Standpunkt aufgrund der Erklärungen der Parteien angepasst.

357. Schliesslich gehen Estée Lauder, Puig und La Prairie/Juvena davon aus, ihr Gehörsanspruch sei verletzt, weil sie keinen Einblick in die Daten der Detailhändler erhalten hätten. Dieses Vorbringen ist verfehlt.

358. Das Recht auf Akteneinsicht gilt nicht absolut.³³⁹ Es kann aufgrund von überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen verweigert bzw. eingeschränkt werden (Art. 27 Abs. 1 Bst. a und b VwVG). Das Respektieren von Geschäftsgeheimnissen stellt ein anerkanntes privates Interesse dar.³⁴⁰ Die Beschränkung kann verschiedene Formen annehmen und reicht von der gänzlichen Verweigerung des Rechts auf Akteneinsicht bis zu diversen mildernden Formen wie z.B. dem teilweisen Einschwärzen von Dokumenten.³⁴¹

359. Gemäss Art. 28 VwVG kann auf Aktenstücke zum Nachteil einer Partei nur abgestellt werden, wenn ihr die Behörde von seinem für die Sache wesentlichen Inhalt mündlich oder schriftlich Kenntnis gegeben hat. Ausserdem muss ihr die Behörde die Gelegenheit geben, sich zu äussern und Gegenbeweismittel zu bezeichnen.

360. Ausgehend von den Retailerdaten wurden zwei Berechnungen angestellt: Einerseits wurde mittels der Korrelationsanalyse festgestellt, dass die Bruttopreiserhöhungen einen Einfluss auf die Nettopreiserhöhungen hatten (vgl. unten Rz 515 ff.). Andererseits wurde der Laspeyres-Index berechnet (vgl. unten Rz 525 ff.). Bei der ersten Berechnung waren den Parteien zumindest ihre eigenen Bruttopreise und die Endverkaufspreise bekannt. Sie konnten folglich berechnen, ob die Angaben mit Hinblick auf ihre eigenen Produktpreise zutreffen. Mit Bezug auf die Berechnung des Laspeyres-Index wurden den Parteien sämtliche Daten, die das Sekretariat zur Berechnung brauchte, offengelegt. Einzige Ausnahme waren die Bruttopreise von 2009 und 2010, da diese nicht mehr Gegenstand des Informationsaustausches waren (vgl. Anhang V). Die Parteien konnten folglich die Berechnungen für die Bezugsjahre p1-p5 genau nachrechnen. Es steht also fest, dass den Parteien der wesentlichen Inhalt der Daten bekannt war. Gemäss der Rechtsprechung der REKO/WEF hätte es ausgereicht, wenn das Sekretariat Bandbreiten der Daten angegeben hätte, welche der Berechnungen zu Grunde liegen.³⁴² Mit seiner Vorgehensweise ging das Sekretariat über diese Anforderungen hinaus. Im Übrigen konnten sich die Parteien zu den Berechnungen äussern und Gegenbeweismittel bezeichnen.

361. Der Grund, weshalb das Sekretariat den Parteien nicht sämtliche Retailerdaten zugesandt hat, besteht darin, dass die Retailer ihre Daten als Geschäftsgeheimnisse im Sinne von Art. 25 KG bezeichneten. In den Akten sind daher die E-Mails der Retailer aufgeführt, mit welchen die Daten geliefert wurden, wobei die Anhänge abgedeckt blieben.³⁴³

362. Art. 25 Abs. 4 KG, wonach die Veröffentlichungen der Wettbewerbsbehörden keine Geschäftsgeheimnisse preisgeben dürfen, enthält keine Definition des Geschäftsgeheimnisbegriffs. Die Begriffsbestimmung lehnt

³³⁷ Vgl. Mitteilung der Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11/1 ff., Rz 77 (im Folgenden: Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit); RPW 2007/1, 144 Rz 37 f., *Bekanntmachung der Praxis der schweizerischen Wettbewerbsbehörden im Versicherungsbereich*.

³³⁸ Vgl. Botschaft vom 23.11.1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Botschaft 1994), BBl 1995 I 468 ff., 513.

³³⁹ GEROLD STEINMANN, in: Die schweizerische Bundesverfassung, Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender (Hrsg.), 2008, Art. 29 N 28.

³⁴⁰ STEPHAN C. BRUNNER, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Auer/Müller/ Schindler (Hrsg.), 2008, Art. 28 N 30.

³⁴¹ Vgl. BRUNNER (Fn 341), Art. 27 N 15 f.

³⁴² Entscheidung der REKO/WEF, RPW 2002/4, 714 f., *Vertrieb von Tierarzneimitteln*.

³⁴³ Act. 546.01 (Migros); Act. 477, 477.01, 477.02 (Import); Act. 478 (Marionnaud); Act. 552.01 (Manor); Act. 568 Sunstore; Act. 577 (Douglas).

sich an der Rechtsprechung zu Art. 162 StGB (Verletzung des Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisses)³⁴⁴ und Art. 4 Bst. c, 6 und 15 UWG an.³⁴⁵

363. Gemäss Rechtsprechung zu Art. 162 StGB gilt eine Tatsache als Geheimnis, wenn sie kumulativ folgende Voraussetzungen erfüllt:³⁴⁶

- a. Die Tatsache darf weder allgemein bekannt noch allgemein zugänglich sein (Mangel an Offenbarkeit und Zugänglichkeit);
- b. Der Geheimnisherr will die Tatsache geheim halten (subjektiver Geheimhaltungswille);
- c. Der Geheimnisherr hat an der Geheimhaltung der Tatsache ein berechtigtes Interesse (objektives Geheimhaltungsinteresse).

364. Das Bundesgericht subsumiert unter diesen Geheimnisbegriff sowohl Fabrikationsgeheimnisse als auch Geschäftsgeheimnisse. Während Fabrikationsgeheimnisse Fabrikationsanleitungen, Herstellungs- und Konstruktionsverfahren umfassen, gelten Informationen als Geschäftsgeheimnisse, die Einkaufs- und Bezugsquellen, Betriebsorganisation, Preiskalkulationen, WerbepLANUNGEN, vertragliche Vereinbarungen usw. betreffen.³⁴⁷

Art. 25 Abs. 4 KG umfasst den so verstandenen Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisbegriff, weshalb keine genaue Abgrenzung der beiden Begriffe erforderlich ist.³⁴⁸ Entscheidend ist hingegen, ob die geheimen Informationen Auswirkungen auf das Geschäftsergebnis haben können,³⁴⁹ ob ihnen also ein wirtschaftlicher Wert zukommt.³⁵⁰

365. Vorliegend steht ausser Frage, dass die Retailerdaten Geschäftsgeheimnisse darstellen, zumal sie nicht allgemein bekannt sind, ein subjektiver Geheimhaltungswille besteht und den Daten ein wirtschaftlicher Wert zukommt.³⁵¹

366. Da die Wettbewerbsbehörden für die Entscheidungsfindung ihren wesentlichen Inhalt bekannt gegeben haben, können sie sich auf sie abstützen. Es besteht kein zusätzliches Recht auf Akteneinsicht. Der Schutz der Geschäftsgeheimnisse gemäss Art. 25 Abs. 1 i.V.m. Art. 25 Abs. 4 KG statuiert keine Geheimhaltung unter Offenbarungsvorbehalt. Die Offenbarungssperre kann daher nicht unter Hinweis auf das Akteneinsichtsrecht der Verfahrensparteien beseitigt werden.³⁵²

367. Schliesslich sei der Vollständigkeit halber auf das Begleitschreiben des Sekretariats zum Antrag vom 20. Mai 2011 hingewiesen. Das Sekretariat hielt folgendes fest:

"Sollten Sie der Ansicht sein, dass abgedeckte Aktenstellen Ihnen zur Einsicht offenstehen müssten oder Aktenstücke fehlen, bitten wir Sie, das Sekretariat umgehend zu kontaktieren. Wir versuchen mit Ihnen eine Lösung des Problems zu finden."³⁵³

368. Weder Estée Lauder noch Puig meldeten sich beim Sekretariat, wie im Schreiben verlangt, und keine der Parteien ersuchte um Akteneinsicht in die Retailerdaten. Vielmehr warteten sie ab, um in ihrer Stellungnahme die Verletzung des rechtlichen Gehörs geltend zu machen. Diese Vorgehensweise ist in zweifacher Hinsicht fragwürdig. Erstens kamen die Parteien den behördlichen Aufforderungen nicht nach. Zweitens missachteten sie

die bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wonach die Parteien grundsätzlich ein Gesuch um Akteneinsicht zu stellen haben, damit überhaupt die Akteneinsicht gewährt oder verweigert werden kann.³⁵⁴

(iii) Unangemessener Verfahrensaufwand

369. Estée Lauder sowie sinngemäss Sisley meinen, der Verfahrensaufwand sei unverhältnismässig gewesen, weil innert kürzester Zeit eine einvernehmliche Regelung zustande hätte kommen können. Stattdessen habe das Sekretariat Antrag auf Sanktion gestellt und die Parteien hätten die Sachverhaltsabklärungen auf „eigene Kosten“ vornehmen müssen. In ähnlicher Weise führt Deurocos aus, die jetzige rechtliche Qualifikation hätte schon früher gemacht werden können und das Verfahren sei ineffizient geführt worden bzw. der Verfahrensaufwand sei unangemessen. Estée Lauder führt ferner aus, die Ausführungen zum Treffen vom 9. September 2008 zwischen dem damaligen Vizedirektor und gewissen Parteien (Rz 301 ff.) seien gänzlich irrelevant.

370. Die Vorbringen sind ungerechtfertigt. Art. 29 Abs. 1 KG besagt:

Erachtet das Sekretariat eine Wettbewerbsbeschränkung für unzulässig, so kann es den Beteiligten eine einvernehmliche Regelung über die Art und Weise ihrer Beseitigung vorschlagen.

371. Erstens ist dazu festzuhalten, dass es sich hierbei um eine "Kann"-Vorschrift handelt, womit die Behörden nicht verpflichtet sind, eine einvernehmliche Regelung vorzuschlagen. Zweitens steht fest, dass eine einvernehmliche Regelung das Sekretariat nicht der Sachverhaltsabklärung von Amtes wegen entbindet, wenn Anhaltspunkte für eine unzulässige, und im vorliegenden Fall gar sanktionierbare, Wettbewerbsabrede bestehen.

³⁴⁴ SIMON BANGERTER, in: Amstutz/Reinert (Hrsg.), Basler Kommentar, Kartellgesetz, Basel 2010 (zit. BSK-KG), Art. 25, Rz 51.

³⁴⁵ BGE 103 IV 283, 283 E. 2b; Jean Marc Reymond, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Tercier/Bovet (Hrsg.), 2002, Art. 16, Rz 14; REGULA WALTER, in: Kommentar zum Schweizerischen Kartellgesetz, Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (Hrsg.), 1997, Art. 16, Rz 6; JÜRIG BORER, Kartellgesetz, 2. Aufl. 2005, Art. 16, Rz 3; JAUQUES GUYET, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. V/1, Von Büren/David (Hrsg.), 1994, 192.

³⁴⁶ BGE 103 V 283, 284 E. 2b; vgl. KG-spezifisch REKO/WEF vom 26. Dezember 2002 i.S. Vertrieb von Tierarzneimitteln, RPW 2002/4; S. 698, 708 E. 3.

³⁴⁷ BGE 103 V 283, 284 E. 2b; in Bezug auf Geschäftsgeheimnisse BGE 109 IB 47, 56, E. 5c.; BSK-KG-BANGERTER, Art. 25, Rz 53.

³⁴⁸ ALESSANDRO BIZZOZERO, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Tercier/Bovet (Hrsg.), 2002, Art. 25, Rz 36; BSK-KG-BANGERTER, Art. 25, Rz 53.

³⁴⁹ BGE 103 IV 283, 284 E. 2b; MARC AMSTUTZ/MANI REINERT, in: Basler Kommentar, Strafgesetzbuch II, Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), 2003, Art. 162, Rz 15; BSK-KG-BANGERTER, Art. 25, Rz 53.

³⁵⁰ STEFAN TRECHSEL/MARC JEAN-RICHARD, in: Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, Trechsel et al. (Hrsg.), 2008, Art. 162, Rz 6.

³⁵¹ Vgl. Entscheid der REKO/WEF, RPW 2002/4, 705 f. E. 1.2.2., *Vertrieb von Tierarzneimitteln*.

³⁵² Entscheid der REKO/WEF, RPW 2002/4, 712, *Vertrieb von Tierarzneimitteln*.

³⁵³ Act. 584.

³⁵⁴ BGE 132 V 387, 391, E. 6.2.

Denn das Sekretariat kann den Vorschlag zur einvernehmlichen Regelung erst vorlegen, wenn die Unzulässigkeit feststeht.³⁵⁵ Die Analyse der Erheblichkeit der Wettbewerbsbeschränkung, welche letztlich die Beurteilung der Zulässigkeit erlaubte, bedurfte einer vertieften Analyse. Weder Estée Lauder noch Deurocos legen dar, inwiefern die Sachverhaltsermittlung und diese Analyse auf kürzerem Wege hätten ermittelt werden können.

372. Soweit Estée Lauder vorbringt, sie hätte Sachverhaltsabklärungen auf eigene Kosten vornehmen müssen, verkennt sie a) nicht nur ihre Pflichten als Partei gemäss Art. 40 KG, sondern auch b) den Sinn und Zweck der Antragszustellung im Rahmen von Art. 30 Abs. 2 KG.

373. a) Gemäss Art. 40 KG haben Beteiligte an Abreden den Wettbewerbsbehörden alle für deren Abklärungen erforderlichen Auskünfte zu erteilen und die notwendigen Urkunden vorzulegen. Die Auskunftspflicht gemäss Art. 40 KG findet seine Grenzen nicht in der Zusendung des Antrags durch das Sekretariat, sondern im Verhältnismässigkeitsgrundsatz.³⁵⁶ Die Verhältnismässigkeit der Auskunftserteilung orientiert sich dabei primär am Bedürfnis der vorzunehmenden Untersuchung oder Prüfung.³⁵⁷ Vorliegend hatte das Sekretariat alleine schon aufgrund der ausgetauschten Preisinformationen den verständlichen Verdacht, es bestehe eine unzulässige Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG. Nach eingehender Prüfung der Parteiangaben ergänzte es die Sachverhaltsdarstellung und änderte seinen rechtlichen Standpunkt, indem es das Verhalten der Parteien als unzulässige Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG qualifizierte. Der Umfang der Sachverhaltsabklärung wäre unabhängig von der rechtlichen Qualifikation als Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 1 oder Abs. 3 Bst. a KG derselbe gewesen. Der Beitrag, den Estée Lauder zur Sachverhaltsabklärung erbrachte, war verhältnismässig und entsprach ihrer gesetzlichen Pflicht gemäss Art. 40 KG. Aus den dargelegten Überlegungen folgt zugleich, dass Deurocos Behauptung, die rechtliche Qualifikation nach Art. 5 Abs. 1 KG hätte auch schneller erfolgen können, unzutreffend ist.

374. b) Art. 30 Abs. 2 KG stellt eine Erweiterung des nach Bundesverfassung bzw. nach VwVG bestehenden Anspruchs auf rechtliches Gehör dar. Der an die Behörde gerichtete Untersuchungsgrundsatz und das ihn ergänzende Parteirecht des Gehörsanspruchs sollen sicherstellen, dass der Sachverhalt korrekt und vollständig ist, dass die erheblichen Beweise erhoben und zutreffend gewürdigt werden und dass der Entscheid auf alle wesentlichen Elemente abstützt und in nachvollziehbarer Weise begründet ist.³⁵⁸ Eine wesentliche Ausprägung des rechtlichen Gehörs besteht also darin, dass es als Mittel der Sachverhaltsabklärung³⁵⁹ und damit wie der Untersuchungsgrundsatz der Findung der materiellen Wahrheit dient.³⁶⁰ Es ist folglich Ausfluss des rechtlichen Gehörs, dass das Sekretariat nach Versand des Antragsentwurfes den Sachverhalt ergänzt hat und teilweise auf Vorbringen und Dokumente der Parteien zurückgriff.

375. Wenn Estée Lauder schliesslich vorbringt, die Ausführungen bezüglich des Vizedirektors seien überflüssig, widerspricht sie sich selbst (vgl. Rz 302). In ihrer Stel-

lungnahme vom 10. September 2010 hatte sie noch den Standpunkt vertreten, der Sachverhalt bezüglich des Vizedirektors sei nicht genügend genau abgeklärt worden und das Sekretariat habe den Sachverhalt näher abzuklären.³⁶¹

B Erwägungen

B.1 Einleitung

376. Im vorliegenden Verfahren ist zu klären, ob die Vorgehensweise der ASCOPA Verbandsmitglieder eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG darstellt. Sollte dies der Fall sein, müsste zusätzlich die Verhängung von direkten Sanktionen gemäss Art. 49a Abs. 1 KG gegen die Beteiligten geprüft werden.

B.2 Geltungsbereich

377. 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).

378. 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 Mitglieder von ASCOPA sind Unternehmen im Sinne des KG. In Bezug auf den Verband braucht dieser Aspekt nicht erörtert zu werden, da das Verfahren gegen ASCOPA eingestellt wurde.

379. Der sachliche Anwendungsbereich des Kartellgesetzes erstreckt sich u.a. auf Kartell- und Wettbewerbsabreden (Art. 2 Abs. 1 KG). Von dieser Umschreibung werden sämtliche Formen privat veranlasster Wettbewerbsbeschränkungen erfasst.³⁶² Nicht von Belang ist, ob eine horizontale oder vertikale, verbindliche oder unverbindliche Vereinbarung oder eine abgestimmte Verhaltensweise von Unternehmen vorliegt. Entscheidend ist hingegen, 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 deren Vorliegen nachfolgend unter dem Titel "Wettbewerbsabrede" (Rz 385 ff.) überprüft.

³⁵⁵ Vgl. BEAT ZIRLICK/CHRISTOPH TAGMANN, in: Amstutz/Reinert (Hrsg.), Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2010, Art. 29 KG N 14.

³⁵⁶ Vgl. MARCEL DIETRICH, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (Hrsg.), 1997, Art. 40 N 19. STEFAN BILGER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 40 KG N 15.

³⁵⁷ BSK-KG-BILGER (Fn 356), Art. 40 KG N 16.

³⁵⁸ Entscheid der REKO/WEF, RPW 2005/4, 678, *Ticketcorner*; Verfügung der WEKO vom 10. Mai 2010, 8 Rz 25, *Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen*, abrufbar unter: <http://www.WEKO.admin.ch/aktuell/00162/index.html?lang=de>.

³⁵⁹ BGE 111 Ia 273, 275, E. 2c; MICHELE ALBERTINI, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, 2000, 73.

³⁶⁰ Entscheid der REKO/WEF, RPW 2005/4, 678, *Ticketcorner*.

³⁶¹ Act. 439, Vgl. Titel II.F.2.c., "Ungezügelter Abklärung der Besprechung vom 9. September 2008 durch das Sekretariat", Rz 222 ff.

³⁶² Vgl. Botschaft vom 23.11.1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Botschaft 1994), BBl 1995 I 468 ff., zit. nach dem Sonderdruck, 80 f., 534; ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl. 2005, Rz 244 ff.

380. Hinsichtlich des örtlichen und zeitlichen Geltungsbereichs sind vorliegend keine weitergehenden Ausführungen notwendig. Es sei lediglich angemerkt, dass beim Vorliegen von sanktionierbaren Tatbeständen aufgrund des Rückwirkungsverbot es lediglich Sachverhalte ab dem 1. April 2004 erfasst werden.³⁶³

B.3 Vorbehaltene Vorschriften

381. 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).

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

B.4 Unzulässige Wettbewerbsabrede

B.4.1 Ablauf der Zulässigkeitsprüfung

383. Aufgrund der Systematik des Kartellgesetzes muss die kartellrechtliche Zulässigkeit eines Sachverhalts in zwei Schritten überprüft werden. Zuerst muss abgeklärt werden, ob überhaupt eine Abrede im Sinne des Kartellgesetzes (Art. 4 Abs. 1 KG) vorliegt (B.4.1). Damit ist die Frage, ob diese Abrede zulässig ist, noch nicht beantwortet.³⁶⁴ In einem zweiten Schritt wird danach die Zulässigkeit bzw. die Tatbestandsmässigkeit einer Abrede im Sinne von Art. 5 KG beurteilt (B.4.2).³⁶⁵

B.4.2 Informationsaustausch als Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG

384. Damit ein Sachverhalt als Abrede im Sinne von Art. 4 KG qualifiziert werden kann, müssen drei Tatbestandsmerkmale erfüllt sein. Als Wettbewerbsabreden gelten gemäss Art. 4 Abs. 1 KG erstens rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, welche zweitens zwischen Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen abgeschlossen wurden (vgl. 4.1.1). Drittens müssen so geartete Vereinbarungen oder abgestimmte Verhaltensweisen eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken, um als Wettbewerbsabrede qualifiziert werden zu können (vgl. 4.1.2). Wie anschliessend ausgeführt, erfüllt der vorliegende Austausch von Informationen den Tatbestand von Art. 4 Abs. 1 KG.

B.4.2.1 Vereinbarung zwischen Unternehmen gleicher Marktstufen

385. Zum ersten Tatbestandsmerkmal von Art. 4 Abs. 1 KG ist festzuhalten, dass der vorliegende Informationsaustausch zu den Hauptaktivitäten der ASCOPA gehörte und, wie auch die einheitlichen allgemeinen Geschäftsbedingungen, auf Beschlüssen der Generalversammlung des Verbandes beruhte. Die Generalversammlung

setzt sich aus den Mitgliederunternehmen zusammen, weshalb es die einzelnen Mitglieder sind, die die entsprechenden Beschlüsse fassten. Sie brachten damit ausdrücklich ihren übereinstimmenden Willen zum Ausdruck, die betreffenden Informationen auszutauschen bzw. die allgemeinen Geschäftsbedingungen festzulegen. In Übereinstimmung mit Lehre und Rechtsprechung liegt daher aufgrund dieser Beschlüsse sowohl mit Bezug auf den Informationsaustausch als auch die Festlegung einheitlicher allgemeiner Geschäftsbedingungen eine Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vor.³⁶⁶ Es kann dahingestellt bleiben, ob die Vereinbarung rechtlich erzwingbar ist, da dies in casu keinen Einfluss darauf hat, ob der Beschluss rechtlich als Wettbewerbsabrede zu qualifizieren ist.³⁶⁷

386. Das zweite Tatbestandsmerkmal von Art. 4 Abs. 1 KG ist ebenfalls erfüllt. Da die Verbandsbeschlüsse vorliegend als Vereinbarung zwischen den einzelnen Mitgliedern aufzufassen sind und diese allesamt auf derselben Marktstufe agieren, liegt eine horizontale Vereinbarung vor.

387. Ergänzend sei hinzugefügt, dass ASCOPA selbst zwar eine eigenständige juristische Person ist und somit ein Unternehmen im Sinne von Art. 2 KG sein könnte. Vorliegend kann die Unternehmenseigenschaft von ASCOPA aber dahingestellt bleiben. Die Handlungen von ASCOPA können im vorliegenden Fall nicht losgelöst von seinen Mitgliedern betrachtet werden. Der Verband wäre ohne seine Mitglieder eine leere nicht funktionsfähige juristische Hülle gewesen. Sämtliche Verbandsaktivitäten mit Bezug auf die Abrede wurden von den Mitgliedern selbst ausgeübt. Lediglich rein administrative Tätigkeiten, wie etwa der Briefversand und die Protokollerstellung, wurden von einem unabhängigen Teilzeitsekretariat der FER (vgl. Rz 20, Rz 829) besorgt. Soweit ersichtlich, hatte der Verband also keine eigenständige Rolle innerhalb der Vereinbarung.³⁶⁸

B.4.2.2 Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung

388. Schliesslich ist zu prüfen, ob die getroffene Vereinbarung eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG "bezweckt oder bewirkt". Aufgrund der Verwendung des Wortes "oder" im Gesetzestext wird

³⁶³ Vgl. etwa RPW 2006/4, 659, *Unique*.

³⁶⁴ Vgl. statt vieler BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 307), Art. 4 N 41.

³⁶⁵ Vgl. WALTER STOFFEL, Wettbewerbsabreden, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. V/2 Kartellrecht, von Büren/David (Hrsg.), 2000, 57 ff., 58.

³⁶⁶ BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 307) Art. 4 N 91 ff.; PIERRE-ALAIN KILLIAS, in: Commentaire Romand, Droit de la Concurrence, Terrier/Bovet (Hrsg.), 2002, Art. 4 N 19; ROLAND KÖCHLI/PHILIPPE M. REICH, in: Baker/Mc Kenzie (Hrsg.), Kartellgesetz, 2007, Art. 4 N 7; PHILIPP ZURKINDEN/HANS-RUDOLF TRÜEB, Das neue Kartellgesetz, 2004, Art. 4 N 3; BRUNO SCHMIDHAUSER, in: Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, 1997, Art. 4 N 33; RPW 2000/2, 172 Rz 29, AFEC; RPW 2003/2, 278 Rz 30 f., *Fahrschule Graubünden*.

³⁶⁷ Vgl. dazu auch JÜRIG BORER, Kartellgesetz, 3. Aufl. 2011, Art. 4 N 2.
³⁶⁸ RPW 2000/2, 172 f. Rz 29 f., AFEC; RPW 2003/2, 278 f. Rz 31 ff., *Fahrschule Graubünden*; implizit auch in RPW 2010/4, 663 Rz 124, *Hors-Liste Medikamente*.

deutlich, dass eine Vereinbarung zwischen Unternehmen derselben Marktstufe bereits dann als Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG qualifiziert werden kann, wenn alternativ ein wettbewerbsbeschränkender Zweck oder eine ebensolche Wirkung feststeht. Die Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen von 1994 enthält keine Angaben zu den beiden Begriffen "bezwecken" und "bewirken", welche dem Recht der europäischen Union entlehnt wurden.³⁶⁹ Art. 101 Abs. 1 AEUV spricht nämlich ebenfalls von Vereinbarungen, welche eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung "bezwecken oder bewirken". Bei der Auslegung der beiden Begriffe kann daher auch die europäische Praxis berücksichtigt werden.³⁷⁰

389. In Übereinstimmung mit der europäischen Praxis und Lehre³⁷¹ ist nach schweizerischer Lehre das Tatbestandsmerkmal des Bezweckens objektiv zu verstehen.³⁷² Mit anderen Worten muss die Abrede objektiv geeignet sein, eine Wettbewerbsbeschränkung herbeizuführen.³⁷³ Bei der Beurteilung dieser Eignung geht es also um die feststellbare Tendenz der Vereinbarung.³⁷⁴ Die Eignung ist zu bejahen, wenn sie das Potenzial zur Entfaltung einer wettbewerbsbeschränkenden Wirkung aufweist.³⁷⁵ Somit ist das Tatbestandselement des Bezweckens selbst dann erfüllt, wenn die Vereinbarung vage ist und verschiedene Interpretationen – die einen gesetzeskonform, die anderen unzulässig im Sinne des KG – zulässt.³⁷⁶

390. Das objektive Verständnis des Begriffs "bezwecken" führt auch dazu, dass die subjektiven Vorstellungen der Parteien irrelevant sind bei der Beurteilung, ob das Tatbestandsmerkmal des Bezweckens erfüllt ist.³⁷⁷ Es ist also nicht einmal erforderlich, dass die Parteien sich einer allfälligen Kartellrechtswidrigkeit bewusst waren oder diese gar wollten.³⁷⁸ Schliesslich kommt es zur Erfüllung des Tatbestandes von Art. 4 Abs. 1 KG nicht darauf an, ob der Zweck tatsächlich erreicht wird.³⁷⁹

391. Mit Bezug auf den Austausch von Marktinformationen zwischen Unternehmen gibt die europäische Kommission Richtlinien vor, wann der Austausch von Informationen zumindest potenziell wettbewerbsbeschränkend ist und damit im Sinne der obigen Ausführungen eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt. Als tendenziell wettbewerbsbeschränkend betrachtet sie unter anderem den Austausch von Informationen, welche die strategische Ungewissheit auf dem Markt verringern.³⁸⁰ Dazu zählen auch Informationen, welche in der Regel Geschäftsgeheimnisse zum Gegenstand haben.³⁸¹ Die Wahrscheinlichkeit einer wettbewerbsbeschränkenden Auswirkung erhöht sich gemäss EU-Kommission zudem, wenn die am Austausch beteiligten Unternehmen einen hinreichend grossen Teil des relevanten Marktes abdecken.³⁸² Gleich wie die EU-Kommission beachten auch die schweizerischen Wettbewerbsbehörden bei der Beurteilung der wettbewerbsrechtlichen Zulässigkeit eines Informationsaustausches den Inhalt der ausgetauschten Informationen (wobei der Austausch von Verkaufspreisen, Mengen und Geschäftsstrategien als eher problematisch eingestuft werden), das Aggregationsniveau (Tendenz: je detaillierter die Information desto problematischer), die Aktualität der Informationen (bei aktuellen Daten ist Vorsicht geboten), die Frequenz des Informati-

onsaustausch (Tendenz: je öfter desto problematischer), die Homogenität der Produkte und die Marktkonzentration.³⁸³

392. Im vorliegenden Kontext steht fest, dass die Partner des Informationsaustausches einander Einblick in Daten gewährten, welche von Unternehmen üblicherweise als Geschäftsgeheimnisse behandelt werden.³⁸⁴ Der Austausch von Preislisten, Umsätzen und Werbeausgaben ist zudem strategisch bedeutsam.³⁸⁵ Insbesondere handelte es sich bei den zwischen den Konkurrenten ausgetauschten Daten um nicht oder kaum aggregierte, aktuelle Informationen über Preise, Umsätze und Werbeausgaben. Ferner legten die Austauschpartner gemeinsame allgemeine Geschäftsbedingungen fest. Aufgrund dieser Angaben kann nicht ausgeschlossen werden, dass der Einblick darin es einem Unternehmen ermöglichte, seine Geschäftspolitik derjenigen seiner Konkurrenten in einer Weise anzupassen, die dem freien Spiel der Wettbewerbskräfte zuwiderläuft und damit zu einer Wettbewerbsbeschränkung führt.

393. Damit steht fest, dass der in Frage stehende Informationsaustausch aus Sicht der schweizerischen Praxis, welche sich an die EU-Praxis anlehnt, zumindest geeignet ist, den Wettbewerb unter den beteiligten Unternehmen einzuschränken und somit eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Art. 4 Abs. 1 KG bezweckt.

³⁶⁹ SCHMIDHAUSER (Fn 366), in Homburger et al., Art. 4 N 25 f.

³⁷⁰ SHK-KÖCHLI/REICH (Fn 366), Art. 4 N 22 f., SCHMIDHAUSER (Fn 366), in Homburger et al., Art. 4 N 26 ff.; CR Concurrence-KILLIAS (zit. Fn 366), Art. 4 N 38 f.; BORER (Fn 367), Art. 4 N 5.

³⁷¹ Vgl. statt vieler VOLKER EMMERICH, in: Immenga/Mestmäcker Hrsg., Wettbewerbsrecht, Bd. 1, 4. Aufl. 2007, Art. 81 Abs. 1 EGV, Rz 227; HANNO WOLLMANN/MICHAEL SCHEDL, in: Hirsch/Montag/Säcker (Hrsg.), Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht (Kartellrecht), Bd. 1, 2007, Art. 81 EG, Rz 91 f.; Mitteilung der Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit ABl. 2011 C 11/1 ff., Rz 24 (im Folgenden: Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit).

³⁷² STOFFEL (Fn 365), 63; SCHMIDHAUSER (Fn 366), in Homburger et al., Art. 4 N 28; SHK-KÖCHLI/REICH (zit. Fn 366), Art. 4 N 24; implizit auch CR Concurrence-KILLIAS (Fn 366) Art. 4 N 40.

³⁷³ SHK-KÖCHLI/REICH (Fn 366), Art. 4 N 24; SCHMIDHAUSER (Fn 366), in Homburger et al., Art. 4 N 28, STOFFEL (Fn 365), 63.

³⁷⁴ SCHMIDHAUSER (Fn 366), in Homburger et al., Art. 4 N 28.

³⁷⁵ Vgl. BORER (Fn 367), Art. 4 N 5.

³⁷⁶ CR Concurrence-KILLIAS (Fn 366), Art. 4 N 40.

³⁷⁷ SHK-KÖCHLI/REICH (Fn 366), Art. 4 N 24; SCHMIDHAUSER (Fn 366), in Homburger et al., Art. 4 N 28, STOFFEL (Fn 365), 63.

³⁷⁸ STOFFEL (Fn 365), 63; SCHMIDHAUSER (Fn 366), in Homburger et al., Art. 4 N 28; SHK-KÖCHLI/REICH (zit. Fn 366), Art. 4 N 24.

³⁷⁹ SHK-KÖCHLI/REICH (zit. Fn 366), Art. 4 N 24; SCHMIDHAUSER (Fn 366), in Homburger et al., Art. 4 N 28.

³⁸⁰ Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit (Fn 371), ABl. 2011 C 11/1 ff., Rz 87.

³⁸¹ Vgl. Europäische Kommission, Seventh Report on Competition Policy, Brüssel/Luxemburg 1978, 20.

³⁸² Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit (Fn 371), ABl. 2011 C 11/1 ff., Rz 87.

³⁸³ RPW 2007/1, 144 Rz 37, *Bekanntmachung der Praxis der schweizerischen Wettbewerbsbehörden im Versicherungsbereich*. Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit (Fn 371), ABl. 2011 C 11/1 ff., Rz 89 ff.

³⁸⁴ Vgl. bezüglich Geschäftsgeheimnissen, REKO/WEF, RPW 2002/4, 698 ff., insbesondere Erw. 2 und 3, *Vertrieb von Tierarzneimitteln*; Merkblatt Geschäftsgeheimnisse vom 30. April 2008, abrufbar unter: www.WEKO.admin.ch/dokumentation/index.html?lang=de.

³⁸⁵ Vgl. Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit (Fn 371), ABl. 2011 C 11/1 ff., Rz 86.

Darüber hinaus bewirkte der Informationsaustausch eine Wettbewerbsbeschränkung, wie anschliessend aufgezeigt wird (vgl. B.4.4.3).

394. Der Wettbewerb mit Bezug auf die allgemeinen Geschäftsbedingungen wurde eingeschränkt (vgl. Rz 232). Entsprechend den soeben gemachten Ausführungen ist das Tatbestandsmerkmal des Bezweckens auch diesbezüglich erfüllt.

395. Abschliessend kann also festgehalten werden, dass der Informationsaustausch, wie er im Rahmen der ASCOPA betrieben wurde, sowie der Beschluss zur Festlegung der allgemeinen Geschäftsbedingungen die Tatbestandsvoraussetzungen einer "Wettbewerbsabrede" im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG erfüllen.

B.4.2.3 Vorbringen der Parteien

396. PC Parfums und Dior sind der Ansicht, der Informationsaustausch als solcher könne keine Vereinbarung oder eine abgestimmte Verhaltensweise darstellen, er könne lediglich als Indiz für eine separate abgestimmte Verhaltensweise sein. Die Parteien berufen sich u.a. auf Rz 55 des "Entwurfs für horizontale Leitlinien" der EU in der es heisse: *"Ein Informationsaustausch kann nur dann nach Artikel 101 geprüft werden, wenn er eine Vereinbarung, eine abgestimmte Verhaltensweise oder einen Beschluss einer Unternehmensvereinigung begründet oder Teil davon ist."*³⁸⁶ Zur Klarstellung sei hinzugefügt, dass der zitierte Entwurf mittlerweile überarbeitet und die entsprechende Endversion der Leitlinien im Amtsblatt der EU publiziert wurde. Die zitierte Stelle entspricht einem Teil der neuen Rz 60 der Leitlinien.³⁸⁷

397. In gewissen Fällen kann der Informationsaustausch tatsächlich ein Indiz für eine separate abgestimmte Verhaltensweise sein. Allerdings schliesst dies keineswegs aus, dass ein Informationsaustausch als solcher bereits als abgestimmte Verhaltensweise oder Vereinbarung qualifiziert werden kann. Dagegen spricht auch nicht die von diesen Parteien vorgebrachte schweizerische Literatur und Praxis,³⁸⁸ welche sich gar nicht zur Frage äussert, ob ein Informationsaustausch für sich genommen eine abgestimmte Verhaltensweise oder Vereinbarung sein kann.³⁸⁹ In Randziffer 39 des Schlussberichts der Vorabklärung "Gebäudeversicherung in den liberalisierten Kantonen" heisst es wörtlich:

"Eine Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise setzt einen Austausch gewisser marktrelevanter Daten und Informationen oder zumindest eine hohe Markttransparenz voraus. Ein Informationsaustausch kann deshalb unter Umständen ein Indiz für das Vorliegen einer Wettbewerbsabrede sein."

398. Walter Stoffel schreibt in der von den Parteien zitierten Stelle:

"Informationsaustausch: Durch Informationsaustausch kann die zukünftige Preisgestaltung beeinflusst werden. Ein derartiges Vorgehen ist daher problematisch und bildet oft ein Indiz für abgestimmte Verhaltensweisen. [...]"

399. Dazu ist folgendes anzumerken: Erstens folgt aus dem Umstand, dass ein Informationsaustausch ein Indiz für das Vorliegen einer Wettbewerbsabrede bzw. einer abgestimmten Verhaltensweise sein kann, nicht, dass ein Informationsaustausch nicht per se eine Vereinbarung oder eine abgestimmte Verhaltensweise sein könn-

te. Zweitens folgt aus den zitierten Stellen nicht, welchen Inhalt der Informationsaustausch haben muss, um als blosses Indiz für das Vorliegen einer Abrede bzw. einer Vereinbarung oder einer abgestimmten Verhaltensweise zu dienen. Drittens basiert letztlich jede Kartellabrede auf einem Informationsaustausch. Auch die einander gegenüber gemachte Erklärung zweier Wettbewerber, die Preise in bestimmtem Umfang und Zeitpunkt zu erhöhen, ist ein Informationsaustausch. Folgte man der Argumentationsweise der Parteien, wäre diese Erklärung, da blosser Informationsaustausch, lediglich ein Indiz für eine Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG. Dies ist nicht der Fall.

400. Die Vorbringen der Parteien sind zudem widersprüchlich. Auf der einen Seite bringen sie wie ausgeführt vor, ein Informationsaustausch könne keine Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG sein. Auf der anderen Seite räumen sie ein, es bestünde eine Vereinbarung über den Informationsaustausch.³⁹⁰

401. Die Willensübereinkunft der Parteien über den Informationsaustausch ist bewiesen. Der Gegenstand des Informationsaustausches ist ebenfalls unbestritten: Preislisten, Umsätze und Werbeausgaben. Der wettbewerbsrechtlich relevante Gehalt des Informationsaustausches ist also offensichtlich. Aus diesem Grund ist nicht einsehbar, warum die Willensübereinkunft über einen wettbewerbsrechtlich relevanten Inhalt (Austausch von Preislisten, Umsätzen und Werbeausgaben), keine Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG sein sollte. Ferner ist daran zu erinnern, dass damit erst ein Tatbestandselement von Art. 4 Abs. 1 KG erfüllt ist. Erst die Prüfung der zwei weiteren Tatbestandselemente von Art. 4 Abs. 1 KG (Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufe, bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung) gibt schliesslich Auskunft darüber, ob eine Wettbewerbsabrede vorliegt.

402. Den weiteren Parteivorbringen zur Rechtslage in der EU kann aus verschiedenen Gründen nicht gefolgt werden. Erstens widerspricht die Auslegung der Parteien der Praxis der Kommission und der Gemeinschaftsgerichte, gemäss der ein Informationsaustausch nach Art. 101 AEUV geprüft und als selbständige Abrede qualifiziert wurde.³⁹¹ Zweitens besagt Rz 60 der Leitlinien das Gegenteil von den Parteivorbringen. Denn ein Informationsaustausch muss dann nach Artikel 101 AEUV geprüft werden, wenn er eine Vereinbarung, abgestimmte Verhaltensweise oder einen Beschluss einer Unternehmensvereinigung *begründet oder Teil davon ist*. Das

³⁸⁶ Act. 440, Rz 203, Rz 206.

³⁸⁷ Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit (Fn 371), ABl. 2011 C 11/1 ff., Rz 60.

³⁸⁸ Vgl. Act. 440, Rz 203.

³⁸⁹ RPW 2003/4 741 ff. Rz 39 *Gebäudeversicherung in den liberalisierten Kantonen*; STOFFEL (Fn 365), 107.

³⁹⁰ Act. 440, Rz 200.

³⁹¹ Vgl. etwa EuGH C-238/05 *Asnef Equifax*, Slg. 2006 I-11125 Rz 26 ff.; KOMM, COMP/E-1/37.152 – *Gipsplatten*, Rz 461; in letzter Instanz bestätigt durch EuGH vom 11. Februar 2010 C-413/08 *P Lafarge/Kommission*, noch nicht in der amtlichen Sammlung erschienen.

bedeutet mit anderen Worten, dass ein Informationsaustausch einerseits alleine eine Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise im Sinne von Art. 101 AEUV sein ("begründen") kann oder Bestandteil einer selbstständig daneben stehenden Vereinbarung, die er gewissermassen unterstützen soll. Rz 59 der Leitlinien (und des Entwurfs) bestätigt das soeben Gesagte noch deutlicher: "Zudem kann die Verbreitung von Informationen unter den Wettbewerbern eine Vereinbarung, eine abgestimmte Verhaltensweise oder einen Beschluss einer Unternehmensvereinigung insbesondere mit dem Zweck der Preis- oder Mengenfestsetzung darstellen. Diese Arten des Informationsaustauschs werden normalerweise als Kartelle angesehen und mit Geldbussen geahndet."

403. Vorliegend konnten die Parteien nicht darlegen, dass der Austausch von Preisen, Umsätzen und Werbeausgaben keine strategisch relevanten Daten sind. Wie noch aufgezeigt wird, hat der Austausch nicht nur die Kollusion erleichtert, sondern auch zur Kollusion geführt (vgl. B.4.4.3).

B.4.3 Informationsaustausch als Abrede im Sinne von Art. 5 KG

B.4.3.1 Vorbemerkung

404. In vielen Fällen folgt aus dem Abredeinhalt (z.B. Preiserhöhung um 5 %), unter welchen Tatbestand des Art. 5 KG die Abrede zu subsumieren ist. Vorliegend verhält es sich anders. Es ist nicht offensichtlich, dass eine Preis-, Mengen- oder Gebietsabrede vorliegt. Es steht jedoch fest, dass die Parteien Bruttopreislisten, Umsatz- und Werbeangaben ausgetauscht und einen Beschluss über die Festlegung von AGBs gefasst haben. Die in Rz 58 ff. beschriebenen Vorgänge illustrieren zudem die Befürchtungen in der Luxuskosmetikbranche um fallende Preise und die vom Verband gewählten Reaktionen darauf.

405. Aufgrund dieser Ausgangslage ist zu prüfen, ob der Informationsaustausch die Tatbestandsmerkmale einer Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG erfüllt (B.4.3.2), oder ob eine Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG vorliegt (B.4.3.3).

B.4.3.2 Keine Anwendung von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG

406. Gemäss Art. 5 Abs. 3 KG wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bei Abreden vermutet, sofern sie a) zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen und sich b) auf die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen beziehen.

407. a) Es steht fest, dass sämtliche ASCOPA-Mitglieder auf derselben Marktstufe agieren und unstreitig tatsächlich miteinander im Wettbewerb stehen. Die Abreden fällt daher vordergründig unter den Anwendungsbereich von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG.

408. b) Ausschlaggebend dafür, ob ein Sachverhalt unter den Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG subsumiert werden kann, ist gemäss Botschaft zum Kartellgesetz von 1995 die "Wirkung einer Preisfestsetzung". "Mit welchen Mitteln diese erreicht wird, ist ohne Belang. Der Vermutungstatbestand bezieht sich auf jede

Festlegung von Preiselementen oder Preiskomponenten. Er erfasst direkte oder indirekte Preisfixierungen". Als Beispiele führt die Botschaft Abreden über Rabatte und Kriterien zur Anwendung von Rabatten auf, soweit diese zu einer Preisfestsetzung führen. Ferner gälten die gleichen Grundsätze für Abreden über Kalkulationsvorschriften, sofern damit die Wirkung der Preisfestsetzung bezüglich einzelner Preiselemente erreicht werde.³⁹²

409. Es liegen keine Beweise vor, wonach die Parteien sich auf einen gewissen Festpreis geeinigt hätten.³⁹³ Es ist daher zu prüfen, ob der Informationsaustausch allenfalls eine indirekte Preisabrede darstellt. Das Gesetz führt nicht auf, was unter einer indirekten Preisabrede zu verstehen ist.

410. In der Folge wird zuerst auf die für den vorliegenden Fall einschlägige Praxis der Schweizer Wettbewerbsbehörden eingegangen. Anschliessend werden die relevanten Entscheide in der EU mit Bezug darauf, wann eine Preisabrede vorliegt, dargestellt. Ein Vergleich mit der einschlägigen EU-Rechtsprechung ist gerechtfertigt, denn aus der Botschaft zum KG 1994 folgt, dass bei der Schaffung des KG Wert auf dessen Europakompatibilität gelegt wurde.³⁹⁴ Die Formulierung von Art. 101 Abs. 1 Bst. a AEUV und Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG sind denn auch sehr ähnlich. Art. 101 AEUV spricht anstelle der direkten und indirekten Festsetzung der Preise von einer "unmittelbaren oder mittelbaren Festsetzung der An- oder Verkaufspreise". Schliesslich werden verschiedene Standpunkte in der Lehre dargestellt, um anschliessend daran darzulegen (Konklusion), wie der vorliegende Sachverhalt juristisch zu beurteilen ist.

Praxis der Schweizer Wettbewerbsbehörden

411. In der Praxis der Wettbewerbsbehörden³⁹⁵ wurde eine Vielzahl von Sachverhalten unter Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG subsumiert. Vorliegend sind nur diejenigen aufgeführt, die für den vorliegenden Fall von Bedeutung sind:

412. Die WEKO hielt im Entscheid *Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen* fest, die Abrede zwischen Wettbewerbern über den Zeitpunkt und die prozentuale Höhe von Bruttopreiserhöhungen stelle eine Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG dar.³⁹⁶

³⁹² Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994, BBl. 1995 I 567 f.; FRANZ HOFFET, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (Hrsg.), 1997, Art. 5 N 115, 122.

³⁹³ Vgl. RPW 2005/1, 240 Rz 14, *Klimarappen*.

³⁹⁴ Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994, BBl. 1995, 495: "Dem Vorentwurf wurde in zahlreichen Vernehmlassungen attestiert, dass das *Postulat der Europaverträglichkeit* weitgehend verwirklicht werden konnte." Das Bundesgericht übersieht dies in seinem Urteil 2C_343/2010 und 2C_344/2010 vom 11. April 2011, E.4.3.2., wonach in der Botschaft "in den grundsätzlichen Bemerkungen zum Gesetzesentwurf [...] das Ziel der EU-Kompatibilität nicht genannt" werde. Das genannte Zitat zur Europaverträglichkeit befindet sich zwei Seiten vor den "grundsätzlichen Bemerkungen", die vom Bundesgericht zitiert werden.

³⁹⁵ Vgl. für eine umfassende Darstellung bis 2009: PATRICK L. KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER, in: Kartellgesetz, Basler Kommentar, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 5 N 413 f.

³⁹⁶ Entscheid der WEKO vom 10. Mai 2010, Rz 257 ff., *Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen*, abrufbar unter: <http://www.WEKO.admin.ch/aktuell/00162/index.html?lang=de>.

413. Im Fall *Markt für Schlachtschweine* qualifizierte die WEKO u.a. wöchentlich organisierten Schweinebörsen, Telefonkonferenzen und Publikationen von Schlachtschweinepreisen als Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG. Die Parteien hatte im Verfahren angegeben, dass ohne Gespräche oder anderweitigen Informationsaustausch kein marktgerechter Preis erzielt werden könne. Die WEKO erblickte im Bestreben der Parteien, einen "marktgerechten Preis" zu erzielen, ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken, das eine Preisfestsetzung bezwecke.³⁹⁷

414. Die ursprünglich von einem Verband herausgegebene Preisempfehlungen für Fahrstunden, die offiziell nicht mehr galten, aber von den Mitgliedern des Verbandes weiterhin befolgt wurden und zu deren Einhaltung der Verbandspräsident aufrief, qualifizierte die WEKO im Fall *Fahrschule Graubünden* als horizontale Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG.³⁹⁸ Zum selben Resultat gelangte die REKO WEF im weitgehend gleich gelagerten Urteil AFEC, mit dem sie den vorangehenden Entscheid der WEKO bestätigte.³⁹⁹

415. In den Vorabklärungen *Interprofession du Gruyère und Interprofession Emmentaler* hielt das Sekretariat fest, dass die Vereinbarung im Rahmen eines Berufsverbandes über einen Referenzpreis eine Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG darstelle.⁴⁰⁰

416. Im Entscheid *Privatärztetarife im Kanton Zürich* subsumierte die WEKO den Rahmentarif, der von der Ärztesgesellschaft des Kantons Zürich festgelegt worden war und eine Preisspanne für Arztdienstleistungen vorgab, unter den Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG.⁴⁰¹

417. Die WEKO erachtete die Tariflisten zweier Berufsverbände, welche die Ansätze und Zuschläge für Dienstleistungen der Verbandsmitgliedern und Abonnementspreise regelt, als Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG. Die Verbandsmitglieder hielten sich weitgehend an die Tarifvorgaben, wobei sie gelegentlich bis zu 10 % davon abwichen.⁴⁰²

418. Eine Vereinbarung über die Überwälzung einer vorgezogene Recycling-Gebühr für Elektro- und Elektronikgeräten ist gemäss WEKO keine Preisabrede. Es handle sich um ein verhältnismässig geringes Preiselement und es hätten sich auf dem relevanten Markt keine preisharmonisierende Wirkung gezeigt.⁴⁰³

419. Im Gutachten *Klimarappen* hielt die WEKO schliesslich fest, eine Preisabrede liege insbesondere dann vor, wenn sich die Parteien über einen Preisbestandteil verständigten, der ein wesentliches Element des Endpreises ausmache. Zwei Rappen stellten einen zu geringen Preisbestandteil des Endpreises dar, um eine preisharmonisierende Wirkung nach sich zu ziehen.⁴⁰⁴

EU-Praxis

420. Gemäss der EU-Kommission bzw. den EU-Gerichte liegen in einer Vielzahl von Konstellationen Preisabreden im Sinne von Art. 101 Abs. 1 Bst. a AEUV vor. Anschliessend werden die im vorliegenden Zusammenhang zentralen Entscheide aufgeführt.⁴⁰⁵ Die EU-

Behörden qualifizierten die folgenden Sachverhalte als Preisabreden:

- die Vereinbarungen über den Prozentsatz und den Betrag von Preiserhöhungen zu einem bestimmten Zeitpunkt sowie die Festlegung von Mindestpreise auf Flaschengasen.⁴⁰⁶
- die Abstimmung der Rabatthöhe und der Preisführerschaft.⁴⁰⁷
- die Erhöhung der Listenpreise um einen gewissen Prozentsatz, so dass die Abrededpartner ein bestimmtes Preisniveau erreichen.⁴⁰⁸
- die Mitglieder eines Verbandes waren bei der Vermietung von Kränen dazu verpflichtet, ihre Tarife mit den vom Verband vorgegebenen Berechnungsmethoden und Richtpreisen in Einklang zu bringen. Die Höhe der Tarife war Gegenstand von Gesprächen zwischen den Mitgliedern und dem Verband.⁴⁰⁹
- PVC-Hersteller planten gemeinsame Preisinitiativen und vereinbarten Zielpreise ab einem vereinbarten Zeitpunkt, um damit die Risiken einer einseitig versuchten Preiserhöhung auszuschalten.⁴¹⁰
- Preisempfehlungen von Verbänden da sie es den Mitgliedern ermöglichten, mit hinreichender Sicherheit vorauszusehen, welche Preispolitik ihre Wettbewerber verfolgten, und ihre eigenen Preise entsprechend auszurichten.⁴¹¹

³⁹⁷ RPW 2004/3, 739 f. Rz 41 ff., *Markt für Schlachtschweine* – Teil B.

³⁹⁸ RPW 2003/2, 283 f. Rz 49 f., *Fahrschule Graubünden*.

³⁹⁹ RPW 2001/1, 207 f. Rz 3.2, *Association fribourgeoise des écoles de circulation (AFEC)*.

⁴⁰⁰ RPW 2002/1, 68 Rz 22, *Interprofession du Gruyère*; RPW 2002/3, 429 Rz 17, *Interprofession Emmentaler*.

⁴⁰¹ RPW 2001/4, 699 Rz 22, *Privatärztetarife im Kanton Zürich*.

⁴⁰² RPW 1998/3, 387 ff. Rz 38 ff., *Service- und Reparaturleitungen an Öl-/Gasbrennern und Kompaktwärmezentralen*.

⁴⁰³ RPW 2005/2, 260 Rz 55, *Swico/Sens*.

⁴⁰⁴ RPW 2005/1, 240 Rz 15, *Klimarappen*.

⁴⁰⁵ Für eine ausführliche Darstellung der EU-Rechtsprechung vgl. HERMANN-JOSEF BUNTE, in: Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 2, Europäisches Kartellrecht, Langen/Bunte (Hrsg.), 11. Aufl., 2010, Art. 81 Rz 101 ff.; DANIEL ZIMMER, in: Wettbewerbsrecht, EG/Teil 1, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), 2007, Art. 81 Abs. 1 EGV Rz 306 ff.; HANNO WOLLMANN/MICHAEL SCHEDL, in: Münchener Kommentar, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht (Kartellrecht), Band 1, Hirsch/Montag/Säcker (Hrsg.), 2007, Art. 81 EG Rz 112 ff.

⁴⁰⁶ KOMM, ABl. 2003 L 84/1, Rz 101, 354 ff., *Industriegase und medizinische Gase*.

⁴⁰⁷ KOMM, ABl. 1974 L 160/1, Rz 40 ff., *Vereinbarung zwischen Herstellern von Verpackungsglas*.

⁴⁰⁸ KOMM, ABl. 2004 L 38/18, Rz 84 ff., 182 ff., *Methylglukamin*; vgl. zum Preisniveau auch etwa Urteil des EuG T-224/00 *Archer Daniels Midland et al./Kommission*, Slg. 2003 II- 2597 Rz 120 und die dort angegebene Rechtsprechung. Die dagegen erhobene Nichtigkeitsbeschwerde wurde abgewiesen, vgl. EuGH C-397/03P *Archer Daniels Midland et al./Kommission*, Slg. 2006 I-4429.

⁴⁰⁹ KOMM, ABl. 1995 L 312/79, Rz 20, *Stichting*; vgl. zu Richtpreisen auch etwa EuG T-224/00, *Archer Daniels Midland et al./Kommission*, Slg. 2003 II- 2597 Rz 120 und die dort angegebene Rechtsprechung. Die dagegen erhobene Nichtigkeitsbeschwerde wurde abgewiesen, vgl. EuGH C-397/03P *Archer Daniels Midland et al./Kommission*, Slg. 2006 I-4429.

⁴¹⁰ KOMM, ABl. 1994 L 239, Rz 7, 35, *PVC*; vgl. auch EuG T-141/89 *Tréfileurope Sales*, Slg. 1995 II 797 Rz 28, 79 ff.

⁴¹¹ EuGH Rs. 8/72 *Vereinigung von Cementhandellaren*, Slg. 1972 990 Rz 15-22.

Standpunkte in der Lehre

421. Ein bedeutender Teil der Lehre folgert aus der Formulierung der Botschaft (vgl. Rz 408), dass der Begriff der Preisabrede weit auszulegen ist.⁴¹² Gemäss herrschender Lehre sind darunter Abreden über jegliche Preisbestandteile oder Preiskomponenten gemeint.⁴¹³ Es wird die Meinung vertreten, der Austausch von gemeinsam zum Bereich der Geschäftsgeheimnisse gehörenden Informationen über die Preisgestaltung, der dazu führt, dass die beteiligten Unternehmen ihre Preispolitik abstimmen, sei eine Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG.⁴¹⁴ Andern Autoren zu Folge gelten Marktinformationssysteme als Preisabreden, wenn sie die Preistransparenz auf dem Markt erhöhen und dazu führen, dass sich die Unternehmen in ihrem Preisfestsetzungsverhalten aufeinander abstimmen können.⁴¹⁵

422. Schliesslich wird die Meinung vertreten, eine extensive Auslegung von Art. 5 Abs. 3 KG führe zu einer unzulässigen Ausdehnung des Gesetzestextes und der damit zusammenhängenden Rechtsfolge der Sanktion. Das hätte eine Verletzung des Grundsatzes "*nulla poena sine lege*" zur Folge.⁴¹⁶

423. Im Schrifttum zu Art. 101 Abs. 1 Bst. a AEUV wird gefordert, die blosser Mitteilung von Preisdaten von Preisempfehlungen zu unterscheiden, welche gegebenenfalls vom EuGH als Preisabreden qualifiziert werden (vgl. Rz 420). Der Austausch von Preisdaten wird im Rahmen von Marktinformationssystemen abgehandelt.⁴¹⁷ Die Gesetzeskonformität solcher Systeme wird von Fall zu Fall untersucht. Sie stellen somit nicht per se Preisabreden dar.

424. Andere Autoren definieren eine Preisabrede im Sinne von Art. 101 Abs. 1 Bst. a AEUV als jeden Eingriff in die Freiheit eines Unternehmens, die Preise eigenständig und unabhängig zu bestimmen.⁴¹⁸

Konklusion

425. Wie aus der obigen Aufstellung ersichtlich ist, stimmt die schweizerische Praxis weitgehend mit der aufgeführten EU-Praxis überein. Den Entscheidern ist gemein, dass die Preise von bestimmten einzelnen oder Gruppen von Produkten und Dienstleistungen abgestimmt wurden. Die Abreden hatten den Umfang und den (zukünftigen) Zeitpunkt von Preiserhöhungen (Rz 412), einen Zielpreis (Rz 413), eine Preisempfehlung, welche eingehalten wurde (Rz 414), einen Referenzpreis (Rz 415) oder eine Preisbandbreite (Rz 416) zum Gegenstand. Hingegen liegt keine Preisabrede vor, wenn lediglich ein kleiner Preisbestandteil abgestimmt wurde (Rz 418).

426. Vorliegend verhält es sich anders. Die ausgetauschten Bruttopreislisten beinhalten wohl Preiselemente oder –komponenten, umfassen aber hunderte von Produkten. Es liegen keine Indizien oder Beweise vor, wonach sich die Parteien über die Bruttopreise bestimmter dieser Produkte geeinigt hätten. Es bestand lediglich die Möglichkeit trotz der grossen Menge und scheinbaren Heterogenität der Produkte, Referenzprodukte miteinander zu vergleichen. Ebensowenig bestehen Anhaltspunkte für die Annahme, die Parteien hätten versucht, untereinander Informationen über die Rabatthöhe auszutauschen oder diese aneinander anzupassen. Im

Unterschied zu der oben genannten Fallpraxis fehlt es an einem Indiz oder Beweis, das aufzeigen würde, dass sich die Parteien in Bezug auf Umfang und (zukünftigen) Zeitpunkt von Preiserhöhungen, einen Zielpreis, eine Preisempfehlung, einen Referenzpreis oder eine Preisbandbreite in irgendeiner Form verständigt hätten. Es steht zwar fest, dass die Parteien sich um eine Preisabwärtsspirale sorgten, hingegen gibt es keine Indizien, wonach die Parteien ein bestimmtes Preisniveau angestrebt und sich darauf ausgerichtet hätten (Rz 58 ff.).

427. Ferner ist zu beachten, dass die Parteien Bruttopreislisten austauschten, die notwendigerweise bereits gedruckt und somit schon bestimmt waren. Die Bruttopreislisten waren daher zwar aktuell, konnten aber folglich "nur" noch einen Einfluss auf die Verhandlungsführung der einzelnen Austauschpartner haben. Es gibt keinen Hinweis auf eine gemeinsame Verhandlungstaktik der Parteien, beispielsweise die Bruttopreise gemeinsam anzuheben. Immerhin konnten die Parteien aber, die Bruttopreislisten der verschiedenen Jahre miteinander vergleichen und die Bruttopreisentwicklungen der Konkurrenten nachvollziehen (Monitoring). Es war für das einzelne Unternehmen ungefähr abschätzbar, zu welchen Preisen die Konkurrenzunternehmen ihre Waren schliesslich verkaufen würden. Es konnte ersehen werden, ob sich die Preise im Verlaufe der Zeit erhöhten.

428. In der Lehre wird zwar teilweise gefordert, dass der Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG weit ausgelegt wird. Doch fordert auch diese eine Abstimmung der Preise. Die blosser Mitteilung von Preisdaten bzw. Preiselementen alleine genügt auch gemäss Lehre nicht, um als Preisabrede qualifiziert werden zu können. Mit diesem Resultat stimmen auch die "*Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit*" überein.⁴¹⁹ Das Beispiel Preisempfehlungen zwischen den Verbandsmitgliedern vermag diesen Schluss zu veranschaulichen. Eine Empfehlung an sich ist weder in horizontalen noch vertikalen Unternehmensbeziehungen per se eine Preisabrede. Vielmehr müssen qualifizierende Elemente (z.B. Grad

⁴¹² BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 413), Art. 5 N 375; BORER (Fn 367), Art. 5 N 34; HOFFET (Fn 392), in: Homburger et al., Art. 5 N 115; implizit auch PETER REINERT, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar zum Kartellgesetz, 2007, Art. 5 N 25.

⁴¹³ BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 413), Art. 5 N 382; SHK-REINERT (Fn 412), Art. 5 N 25; BORER (Fn 367), Art. 5 N 34; HOFFET (Fn 392), in: Homburger et al., Art. 5 N 115.

⁴¹⁴ HOFFET (Fn 392), in: Homburger et al., Art. 5 N 117.

⁴¹⁵ BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (zit. Fn 413), Art. 5 N 387.

⁴¹⁶ ROGER ZÄCH/ADRIAN KÜNZLER, in: Recht Ordnung und Wettbewerb, Bechthold/Jickeli/Rohe (Hrsg.), 2011, 745; unter Hinweis auf BSK-KG NIGGLI/RIEDO (Fn 286), Vor Art. 49a-53 N 95.

⁴¹⁷ ZIMMER (Fn 405), in: Immenga/Mestmäcker, Art. 81 Abs. 1 EGV Rz 308.

⁴¹⁸ MünchKommEuWettbR-WOLLMANN/SCHEDL (Fn 405), Art. 81 Rz 112.; in diesem Sinne BUNTE (Fn 405), in: Langen/Bunte, Art. 81 Rz 101.

⁴¹⁹ Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit (Fn 371), ABl. 2011 C 11/1, vgl. insbesondere Rz 64-110.

der Einhaltung, Druck, Zwang) hinzukommen, um eine Preisempfehlungen als Preisabrede qualifizieren zu können.⁴²⁰ Vergleichbar steht vorliegend – nebst dem Austausch der Angaben über Umsätze und Werbeausgaben – der Austausch von aktuellen Bruttopreislisten im Vordergrund. Allerdings fehlt es, im Gegensatz zur vorerwähnten Situation, bereits an einem Hinweis auf eine Empfehlung von ASCOPA in Bezug auf die Festlegung dieser Bruttopreislisten. Es lässt sich "lediglich" die wettbewerbsschädigende Auswirkung feststellen (B.4.4.3 (ii)).

429. Insgesamt liegen damit keine ausreichenden Beweismittel vor, die es erlauben würden, den Sachverhalt als Preisabrede zu qualifizieren. Der Informationsaustausch hatte zwar einen Einfluss auf die Preisentwicklung, wie anschliessend aufgezeigt wird (B.4.4.3). Aus dem Umstand alleine jedoch, dass eine Abrede einen wie auch immer gearteten Einfluss auf die Marktpreise hatte, kann nicht automatisch geschlossen werden, dass in jedem Fall eine Preisabrede vorliegt. Erstens kann die Preisentwicklung, im Unterschied zum vorliegenden Fall, z.B. auf ein erlaubtes paralleles Verhalten zurückzuführen sein.⁴²¹ Zweitens könnte eine Preisentwicklung auch durch andere Wettbewerbsbeschränkungen, wie z.B. Mengenabreden oder Gebietsabschottungen beeinflusst worden sein. Auch diesfalls läge zwar eine Wettbewerbsabrede vor, nicht jedoch eine Preisabrede. Wollte man gegenteiliger Ansicht sein und jede Abrede, welche sich auf den Preis auswirkt, als Preisabrede qualifizieren, wäre eine tatbestandliche Unterscheidung in verschiedene Typen von Abreden, wie sie in Art. 5 Abs. 3 KG festgelegt sind, sinnlos.

430. Im vorliegenden Fall wäre eine Preisabrede allenfalls zu bejahen gewesen, wenn den Behörden nebst den festgestellten Wettbewerbsbeschränkungen weitergehende Anhaltspunkte vorgelegen hätten, dass die Parteien gezielt den Preiswettbewerb mit Bezug auf bestimmte Produkte oder Produktgruppen einschränkten oder den Parteien ein lückenloses Monitoring hätte nachgewiesen werden können. Es ist daher in Zukunft nicht ausgeschlossen, dass die Wettbewerbsbehörden den Austausch sensibler Informationen als Preisabrede qualifizieren.

B.4.3.3 Informationsaustausch als Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG

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

432. Die Zielsetzung des Kartellgesetzes besteht gemäss Art. 1 KG darin, "die volkswirtschaftlich oder sozial schädlichen Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern". Die Auswirkungen der Wettbewerbsbeschränkung sind objektiv zu bestimmen, was bedeutet, dass die Absicht der Parteien für die Beurteilung, was als schädliche Auswirkung zu qualifizieren ist, keine Relevanz hat.⁴²²

433. Angewendet auf den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass es für die Qualifikation einer Abrede als Abre-

de im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG nicht notwendig ist, die hinter dem Informationsaustausch verfolgte Absicht zu beweisen, die darin besteht den Wettbewerb zu beschränken. Unabhängig davon steht ohnehin fest, dass Unternehmen, die einander Geschäftsgeheimnisse mitteilen, wissen, dass ihre Konkurrenten diese Informationen bei der Festlegung ihres Wettbewerbsverhaltens berücksichtigen können und somit der Informationsaustausch den Wettbewerb zumindest einschränken kann. Indem sie den Austausch weiter betreiben, nehmen sie ein solch nicht gesetzeskonformes Resultat bewusst in Kauf. Damit wäre also ohnehin auch die Absicht bewiesen (vgl. Rz 252 f.). Es braucht keine weitergehende explizite oder stillschweigende Absichtserklärung dargelegt zu werden.

434. Durch den Informationsaustausch haben die Unternehmen darauf verzichtet, ihr Verhalten am Markt vollkommen selbständig zu bestimmen, indem sie vorliegend Verhältnisse geschaffen haben, die nicht den normalen Marktbedingungen entsprechen. Konkret hat der in Frage stehende Informationsaustausch die Ungewissheit über das Marktgeschehen stark verringert und dadurch, wie anschliessend aufgezeigt wird, zu einer erheblichen Beschränkung des Wettbewerbs zwischen den Unternehmen geführt.⁴²³ Vor diesem Hintergrund fällt die vorliegende Abrede ohne weiteres in den Anwendungsbereich des allgemeinen Tatbestandes von Art. 5 Abs. 1 KG. Art. 5 Abs. 1 KG gelangt beim Vorliegen erheblicher Wettbewerbsbeschränkungen zur Anwendung, wenn die besonderen Tatbestände von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG nicht erfüllt sind.⁴²⁴ Dieses Resultat stimmt auch etwa mit der deutschen bzw. europäischen Praxis überein.⁴²⁵

435. Da im Falle von Art. 5 Abs. 1 KG keine gesetzliche Vermutung greift, wonach der wirksame Wettbewerb als beseitigt gilt, wird im Anschluss die Auswirkung der Abrede dargelegt. Die Parteien tauschten Bruttopreislisten, Umsatzangaben, sowie Werbeausgaben aus, womit verschiedene Wettbewerbsparameter beeinflusst hätten werden können. Da der Preis auch im vorliegenden Fall

⁴²⁰ Vgl. Rz 414, 420. Für vertikale Verhältnisse: Vgl. Beschluss der Wettbewerbskommission vom 28. Juni 2010, Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Vertikalbekanntmachung, VertBek), v.a. Ziffer 12 Abs. 2 Bst. a; Ziffer 15.

⁴²¹ Vgl. dazu RPW 2002/1, 72 Rz 16, *Benzinmarkt Schweiz (Zeitraum 1993-2000)*.

⁴²² RETO JACOBS, Art. 96 Wettbewerbsbeschränkungen, in: Die Schweizerische Bundesverfassung, Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender (Hrsg.), 2002, Art. 96 N 14 f.; BERNHARD RUBIN, in: Stämpflis Handkommentar zum Kartellgesetz, Baker & McKenzie (Hrsg.), 2007, Art. 1 N 5.

⁴²³ Vgl. dazu die Rechtsprechung des EuGH C-238/05 *Asnef Equifax*, Slg. 2006 I-11125 Rz 51; EuGH C-194/99 P *Thyssen Stahl*, Slg. 2003 I-10821 Rz 86; EuGH C-7/95 P *John Deere* Slg. 1998, I-3111 Rz 90.

⁴²⁴ Vgl. in diesem Sinne ZÄCH/KÜNZLER (Fn 416), 740.

⁴²⁵ Vgl. Tagungsbericht des Bundeskartellamtes, Nachfragemacht und Kartellrecht, WuW 2008, 1298, wonach die Informationsaustauschpartner Umsatzzahlen, Werbeausgaben, Retouren, geplante Produktneueinführungen und Preisanhebungen ausgetauscht hatten. Das Bundeskartellamt hatte auch über die Anwendbarkeit von Art. 101 AEUV (damals Art. 81 EGV) zu entscheiden. Vgl. ferner die Pressemitteilung des Bundeskartellamtes vom 10.07.2008 (http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/archiv/PressemeldArchiv/2008/2008_07_10.php); DIRK SCHROEDER, Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern, WuW 2009, 727.

ein zentraler Wettbewerbsparameter ist, und zudem die Auswirkungen des Informationsaustausches auf den Preiswettbewerb am schlüssigsten dargestellt werden können, beschränkte sich das Sekretariat darauf die Beeinträchtigung des Wettbewerbs mit Hinblick auf diesen Wettbewerbsparameter darzustellen.

436. Aufgrund der hunderten von Kosmetikprodukten, die von den Parteien in Umlauf gebracht werden, ist eine Beseitigung des Preiswettbewerbs sehr unwahrscheinlich. Eine Beseitigung des Preiswettbewerbs auf den relevanten Märkten (vgl. dazu B.4.4.1) könnte nur dargelegt werden, indem eine Analyse der Preisentwicklung sämtlicher Produkte gemacht würde. Eine solche Analyse würde das Verfahren verlängern, ohne dass das Analyseresultat einen Einfluss auf den Verfahrensausgang hätte. Aus diesem Grund verzichtete das Sekretariat darauf, die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs darzulegen. Stattdessen untersuchte das Sekretariat die Erheblichkeit der genannten Wettbewerbsbeschränkung (B.4.4) und prüfte das Vorliegen von Rechtfertigungsgründen (B.4.5.).

B.4.4 Erhebliche Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs

437. In ihrer Praxis prüfte die Wettbewerbskommission die Frage der Erheblichkeit einer Wettbewerbsbeeinträchtigung anhand qualitativer und quantitativer Kriterien. Im Rahmen der Prüfung der qualitativen Kriterien der Erheblichkeit wird untersucht, welche Wettbewerbsparameter durch die Abrede betroffen sind, um anschliessend deren Bedeutung im relevanten Markt zu ermitteln (vgl. B.4.4.5). Die Prüfung der quantitativen Kriterien umfasst eine Analyse der aktuellen und potenziellen Konkurrenz sowie in der Regel die Stellung der Marktgegenseite (vgl. B.4.4.6).⁴²⁶

438. Um festzustellen, ob die Abrede eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung bewirkt oder den wirksamen Wettbewerb beseitigt, ist somit vorab der relevante Markt in sachlicher (B.4.4.1) und räumlicher (B.4.4.2) Hinsicht abzugrenzen. Daran anschliessend sind die beobachteten Auswirkungen auf dem relevanten Markt darzustellen (B.4.4.3).

B.4.4.1 Sachlich relevanter Markt

(i) Kosmetik- und Parfümerieprodukte

439. Als Anhaltspunkt für die vorliegende Markteinteilung bietet sich die Lebensmittel- und Gebrauchsgegenständeverordnung (LGV)⁴²⁷ an, da sie eine Definition kosmetischer Produkte enthält, die mit den von den Parteien ausgetauschten Produktgruppen übereinstimmt.

440. Gemäss Artikel 35 LGV sind kosmetische Mittel Stoffe oder Zubereitungen, die dazu bestimmt sind, äusserlich mit den verschiedenen Teilen des menschlichen Körpers (Haut, Behaarungssystem, Nägel, Lippen und intime Regionen) oder mit den Zähnen und den Schleimhäuten der Mundhöhle in Berührung zu kommen, und zwar zu dem ausschliesslichen oder überwiegenden Zweck, diese zu reinigen, zu parfümieren, ihr Aussehen zu verändern oder den Körpergeruch zu beeinflussen oder um sie zu schützen oder in gutem Zustand zu halten. Diese Definition stimmt mit Art. 2 Abs. 1 Bst. a) der europäischen Verordnung 1223/2009 des

europäischen Parlamentes und des Rates vom 30. November 2009 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über kosmetische Mittel überein.⁴²⁸

441. Nach dieser gesetzlichen Definition sind Parfüms Teil der Kosmetikprodukte. Nichtsdestotrotz wird in der Folge auf den Begriff der "Kosmetik- und Parfümerieprodukte" zurückgegriffen, da diese Ausdrucksweise vom Verband der Hersteller, Importeure und Lieferanten von Kosmetik- und Parfümerieprodukten (ASCOPA) selbst verwendet wird.

(ii) Marktabgrenzung und Parteivorbringen

EU-Praxis und diesbezügliche Parteivorbringen

442. Gemäss Praxis der EU-Wettbewerbsbehörden sind Kosmetik- und Parfümerieprodukte in drei globale Märkte einzuteilen: Parfüms, Make-up und Pflege, wobei sich eine weitere Subsegmentierung dieser drei Märkte nicht rechtfertigt. Dies wird damit begründet, dass die Händler in der Regel Produkte nach Marke oder Lieferant und nicht nach Produktsegment einkaufen. Desweiteren böten die führenden Hersteller und Händler jeweils die gesamte entsprechende Produktpalette an.⁴²⁹ Der gleichen EU-Praxis zufolge können Parfümerie- und Kosmetikprodukte in ein Luxus- bzw. Prestige-Segment und ein Massmarket-Segment unterteilt werden.⁴³⁰ Bei der Zuteilung eines Produkts zum einen oder anderen Segment sind gemäss EU-Praxis vor allem Preis, Marke, Verpackung, Werbestrategie und Ausgestaltung der Verkaufspunkte entscheidend.⁴³¹

443. Coty bringt gegen die EU-Praxis vor, sie sei nicht mehr aktuell, unter anderem habe die Wettbewerbskommission die aufgeführte Praxis in ihrem Entscheid in Sachen Gaba⁴³² als nicht mehr rechtskräftig bezeichnet. Konkret geht es um die beiden Entscheide der EU-Kommission *Yves Saint Laurent Parfums* und *Parfums Givenchy*.⁴³³

⁴²⁶ RPW 2005/2, 263 Rz 72, *Swico/Sens*; RPW 2009/2, 150 Rz 64, 153 Rz 75 *Sécateurs et cisailles*; RPW 2010/1, 103 Rz 301 f.; RPW 2010/4, 679 Rz 232, *Hors-Liste Medikamente*; vgl. auch ANDREA GRABER, Die neue Vertikalbekanntmachung 2010 der WEKO, Jusletter vom 23. August 2010, Rz 13.

⁴²⁷ Lebensmittel- und Gebrauchsgegenständeverordnung vom 23. November 2005 (LGV), SR 817.02.

⁴²⁸ Verordnung (EG) Nr. 1223/2009 des europäischen Parlamentes und des Rates vom 30. November 2009 über kosmetische Mittel, ABl. 2009 L 342/59 ff.

⁴²⁹ KommE, COMP/M.5063 – *L'Oréal/YSL Beauté*, vom 17. Juni 2008, Rz 11.

⁴³⁰ KommE, COMP/M.5068 – *L'Oréal/YSL Beauté*, vom 17. Juni 2008; KommE, 92/33/EWG, *Yves Saint Laurent Parfums*, ABl. 1992 L 12/24 ff.; KommE, 92/428/EWG, *Parfums Givenchy*, ABl. 1992 L 236/11 ff.; vgl. dazu auch die Studie von ANDRÉ-PAUL WEBER zuhanden der europäischen Kommission, *Les systèmes de distribution sélective dans la Communauté du point de vue de la politique de la concurrence: le cas de l'industrie des parfums et produits cosmétiques*, CERESSEC 1988, 10.

⁴³¹ KommE, COMP/M.5068 – *L'Oréal/YSL Beauté*, vom 17. Juni 2008, Rz 9.

⁴³² RPW 2010/1, 65 ff., *Gaba*.

⁴³³ KommE, 92/33/EWG, *Yves Saint Laurent Parfums*, ABl. 1992 L 12/24 ff.; KommE, 92/428/EWG, *Parfums Givenchy*, ABl. 1992 L 236/11 ff.

444. Diesen Vorbringen kann nicht gefolgt werden. In der von Coty zitierten Stelle des noch nicht rechtskräftigen Gaba-Entscheid ging es darum, dass die Untersuchungsadressatin behauptete, das Qualitätsimage von Elmex sei mit demjenigen von Parfüms- und anderen Kosmetikprodukten vergleichbar, welche ebenfalls in selektiven Vertriebssystemen verkauft würden, die gemäss der EU-Praxis (*Yves Saint Laurent Parfums* und *Parfums Givenchy*) zulässig seien.⁴³⁴

445. Daraus wird erstens ersichtlich, dass die Bezugnahme auf die EU-Praxis im Fall Gaba nicht im Zusammenhang mit der Markteinteilung in den zitierten Entscheiden stand. Zweitens hatte die europäische Kommission in den hier zitierten Entscheiden *Yves Saint Laurent Parfums* und *Parfums Givenchy* selektive Vertriebssysteme freigestellt. Gegen diese Freistellung und nicht die Markteinteilung waren zwei Nichtigkeitsklagen beim (EU-)Gericht eingereicht worden. Die betreffenden Nichtigkeitsklagen wurden nur mit Bezug auf die Freistellung einer Vertragsbestimmung gutgeheissen, die keinen Zusammenhang mit einer Markteinteilung aufwies.

446. Im Rechtsmittel-Entscheid *Leclerc /Kommission, YSL et al.*⁴³⁵ heisst es in Ziffer 1 und 2 des Dispositivs wörtlich:

1. Die Entscheidung 92/33/EWG der Kommission vom 16. Dezember 1991 in einem Verfahren nach Artikel 85 des EWG-Vertrags (IV/33.242 – Yves Saint Laurent Parfums) wird insoweit für nichtig erklärt, als in ihr festgestellt wird, dass eine Bestimmung, nach der Yves Saint Laurent die Bewerbung eines Einzelhändlers allein deshalb ungünstiger beurteilen kann, weil seine Tätigkeit im Parfümeriebereich von untergeordneter Bedeutung ist, nicht unter Artikel 85 Absatz 1 EG-Vertrag fällt.
2. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

447. Im Entscheid *Leclerc /Kommission, Givenchy et al.* lautet das Dispositiv beinahe identisch:

1. Die Entscheidung 92/428/EWG der Kommission vom 24. Juli 1992 in einem Verfahren nach Artikel 85 des EWG-Vertrags (IV/33.542 – selektives Vertriebssystem von Parfums Givenchy) wird insoweit für nichtig erklärt, als in ihr festgestellt wird, dass eine Bestimmung, nach der Givenchy die Bewerbung eines Einzelhändlers allein deshalb ungünstiger beurteilen kann, weil seine Tätigkeit im Parfümeriebereich von untergeordneter Bedeutung ist, nicht unter Artikel 85 Absatz 1 EG-Vertrag fällt.
2. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

448. Beide (EU-)Gerichtsentscheide erwachsen unangefochten in Rechtskraft.⁴³⁶ Wie alleine schon aus dem Wortlaut der Dispositiv folgt, hob das (EU-)Gericht die Markteinteilung der Vorinstanz nicht auf. Andernfalls hätte es den ganzen Entscheid der Kommission aufheben müssen oder Parteivorbringen gegen die Markteinteilung (die es nicht gab) stattgeben müssen; dies hat das Gericht aber nicht getan (vgl. Ziffer 2 der beiden zitierten Dispositive). Dies erklärt auch, weshalb sich die Kommission bei der Marktabgrenzung in ihrem Entscheid in Sachen *L'Oréal/YSL Beauté*⁴³⁷ aus dem Jahre 2008 erneut auf die von Coty als nicht mehr rechtskräftig bezeichnete Praxis bezog. Daraus ist auch ersichtlich, dass es keine Rolle spielt, wie von Coty be-

hauptet, ob die EU-Kommission ihren Entscheid *L'Oréal/YSL Beauté* in einem vereinfachten Verfahren erlassen hat, da sie sich auf bereits vorbestehende Praxis stützen konnte.

449. Abschliessend steht damit fest, dass sich einerseits der Gaba-Entscheid lediglich zur Rechtskräftigkeit der EU-Praxis im oben genannten beschränkten Masse äusserte und andererseits die EU-Praxis mit Bezug auf die genannte Segmentierung des Marktes in einen Luxus- und Massmarket weiterhin aktuell ist.

Ausgangslage in der Schweiz

450. Analog zu Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU umfasst der sachlich relevante Markt alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden.⁴³⁸

451. Die direkte Marktgegenseite der Hersteller, Importeure und Lieferanten von Kosmetik- und Parfümerieprodukten (vgl. Abbildung 14) sind Parfümerien (Discounterparfümerien u. traditionelle Parfümerien), Detailhändler mit Parfümerie- und Kosmetikabteil, Drogerien und Apotheken (in der Folge Händler). Discounter wie z.B. Denner führen kein ständiges Sortiment an Parfüms, sondern bieten diese lediglich zu bestimmten Jahrzeiten an (z.B. Muttertag, Weihnachten). Das Sortiment wird in der Regel parallel aus dem Ausland eingeführt, wobei es sehr eingeschränkt ist und nur so lange angeboten wird, wie der Vorrat anhält,⁴³⁹ weshalb die Discounter nicht als direkte Marktgegenseite angesehen werden können.

⁴³⁴ RPW 2010/1, 82 Rz 146 und Fn 26, *Gaba*.

⁴³⁵ EuG T-19/92 *Leclerc/Kommission*, Slg. 1996, II-1857, II-1926 f.

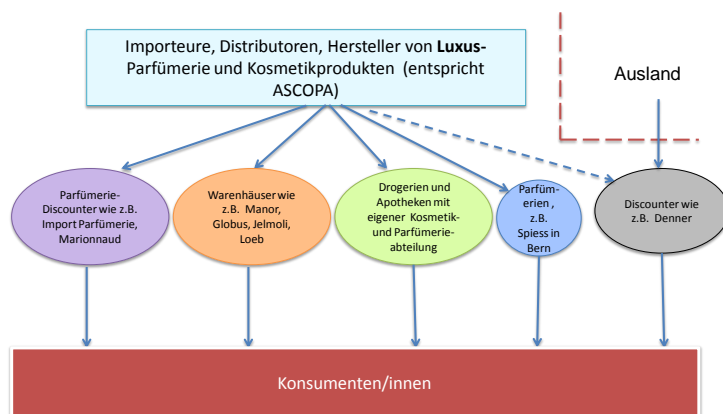
⁴³⁶ Gegen den Entscheid, 92/428/EWG *Parfums Givenchy* ABI. 1992 L 236/11 ff. wurde noch eine Nichtigkeitsklage eingereicht, welche vom Gericht (EuG T-87/92 *Kruidvat/Kommission*, Slg. 1996, II-1933) und auf Rechtsmittel hin vom Gerichtshof (EuGH C-70/97 P *Kruidvat/Kommission*, Slg. 1998, I-7213) als unzulässig beurteilt wurde. Mit Bezug auf die ähnlichen Verfahrensparteien hatte der EuGH lediglich noch ein Vorabentscheidungs-gesuch gemäss Art. 267 AEUV zu entscheiden (EuGH C-306/96 *Javico/YSL*, Slg. 1998, I-1997).

⁴³⁷ KommE, COMP/M.5068 – *L'Oréal/YSL Beauté*, vom 17. Juni 2008, Rz 8 Fn 3.

⁴³⁸ Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17. Juni 1996 (VKU), SR 251.4.

⁴³⁹ Vgl. Act. 130, Antwort auf Frage 2.

Abbildung 14: Distributionskanäle in der Schweiz



452. Es ist mit Coty übereinzustimmen, dass die Nachfrage der direkten Marktgegenseite ihrerseits von der Nachfrage der Konsumenten abhängt. Aus diesem Grund hat eine Marktabgrenzung nicht lediglich gestützt auf das Nachfrageverhalten der direkten Marktgegenseite zu erfolgen, sondern es ist auch die Sichtweise der Konsumenten ausschlaggebend.

453. Vorab sei angemerkt, dass übereinstimmend mit der EU-Praxis Kosmetik- und Parfümerieprodukte grob drei Märkten zugeordnet werden können. Die Einteilung in drei Produktachsen ist auch in der Schweiz marktüblich und wurde von den ASCOPA-Mitgliedern selbst angewendet. Dies ist einerseits aus dem Austauschformular zu den Werbeausgaben ersichtlich (vgl. die Tabelle in Rz 183) und kann auf den Websites der ASCOPA-Mitglieder, Retailern und Warenhäusern nachvollzogen werden.⁴⁴⁰ Die Einteilung in drei Produktachsen wurde von den Parteien im Rahmen der Beantwortung der Fragebogen entsprechend nicht in Frage gestellt.⁴⁴¹ Es ist daher grundsätzlich von den folgenden drei relevanten Märkten auszugehen: a) Parfüms, b) Make-up und c) Pflege.

454. Aus der Sicht des Handels drängt sich innerhalb dieser drei relevanten Märkte keine weitere Subsegmentierung auf. Von den Parteien bieten insgesamt siebzehn Unternehmen Produkte aller drei erwähnten Produktachsen an, acht deren zwei und drei kleine Unternehmen Produkte einer Achse. Betrachtet man lediglich die sechzehn Herstellerunternehmen, die entweder selbst oder über ihre Tochtergesellschaft in der Schweiz tätig sind, stellen lediglich vier – Bulgari, Kanebo, Richemont und Puig (bis 2006 in allen Achsen tätig) – nicht Produkte aller drei, sondern lediglich zweier Achsen her.⁴⁴² Tabellarisch dargestellt, ergibt sich die folgende in Abbildung 15 festgehaltene Übersicht:

⁴⁴⁰ Vgl. etwa <http://www.chanel.com> (Unterteilung in Parfum, Make-up, Pflege), http://www.ysl-parfums.com/in dex.jspz?site=de_DE (Unterteilung in Düfte, Make-up, Pflege), <http://www.esteelauder.de/> (Unterteilung in Duft, Make-up, Pflege); www.manor.ch, Parfümerie & Beauty (Parfum, Make-up und Pflege, wobei Pflege noch weiter unterteilt ist); <http://ch.douglas-shop.com> (Düfte, Make-up, Pflege und Haarpflege), <http://www.sunstore.ch/c-3322-parfums-beaut.aspx> (Düfte, Make-up, Pflege, wobei Pflege noch weiter unterteilt ist); <http://secure.impo.ch/Home> (Parfum und Pflege, wobei Import die dekorative Kosmetik zur Pflege zählt).

⁴⁴¹ Ordner I&II, Fragebogen für Hersteller, Importeure und Lieferanten von Parfümerie- und Kosmetikprodukten, Antworten der Untersuchungsadressaten auf Frage 3.

⁴⁴² Vgl. Act. 236, Preislisten der Untersuchungsadressaten; Act. 120, 128, 131, 132, 136, 137, 147, 153, 160, 165, 168, 171, 172, 175, 176, 183, 187, 188, 189, 190, 193, 194, 195, 196, 210, 215, 218 Fragebogen für Hersteller, Importeure und Lieferanten von Parfümerie- und Kosmetikprodukten, Antworten der Untersuchungsadressaten auf Frage 3.

Abbildung 15:

		Tätigkeitsbereiche			Anzahl Tätigkeitsbereiche		
		Parfum	Make-up	Pflege	3	2	1
1	Arval	keine Antw.	keine Antw.	keine Antw.			
2	Beauté Prestige	1	1	1	1		
3	Bergerat	1	1	1	1		
4	Bulgari	1		1		1	
5	Chanel	1	1	1	1		
6	Clarins	1	1	1	1		
7	Coty	1	1	1	1		
8	Deurocos	1	1	1	1		
9	Dicopar			1			1
10	Doyat Diffusion		1	1		1	
11	Elizabeth Arden	1	1	1	1		
12	HJD	1		1		1	
13	Kanebo		1	1		1	
14	La Prairie/Juvena	1	1	1	1		
15	Lauder	1	1	1	1		
16	L'Oréal	1	1	1	1		
17	P&G	1		1		1	
18	Parf. Christian Dior	1	1	1	1		
19	Parfums de Luxe	1					1
20	Parlux Diffusion	1		1		1	
21	PC Parfums	1	1	1	1		
22	Puig	1		1		1	
23	Richemont	1		1		1	
24	Sisley	1	1	1	1		
25	Star Cos	1					1
26	Tanner	1	1	1	1		
27	Tschanz	1	1	1	1		
28	Wodma 41	1	1	1	1		
29	YSL Beauté	1	1	1	1		
Anzahl Unternehmen		25	18	26	17	8	3
16 Hersteller	12 Distributoren						

Quelle: Antworten auf Frage 3 und 5 des Fragebogens vom 6. April 2009

455. Mit Ausnahme von Import gaben die führenden Retailer und Warenhäuser an, in der Regel gesamte Sortimente einer Marke zu beziehen.⁴⁴³ In Bezug auf Import ist relativierend hinzuzufügen, dass das Unternehmen aufgrund seiner Geschäftspolitik primär im Parfümbereich tätig ist und den weitaus grössten Anteil seines Umsatzes mit Düften erwirtschaftet,⁴⁴⁴ was erklärt, weshalb nicht generell ganze Sortimente bezogen werden.

456. Im Unterschied zur Händlerperspektive drängt sich aus der Sicht des Endkonsumenten eine weitere Segmentierung dieser drei globalen Märkte auf. So ist ohne weiteres ersichtlich, dass Damen- und Herrenparfüms in der Regel nicht substituierbar sein dürften. Dasselbe gilt für die Teilbereiche der Pflege- oder Make-up-Produkte. Beispielsweise sind Gesichtspflege- und Haarpflegeprodukte ebenso wenig untereinander austauschbar wie Make-up-Produkte für Wimpern und Nägel.

457. ASCOPA unterteilte in ihren monatlichen Umsatzstatistiken ab 2005 die Pflegeprodukte in die vier Segmente "Facial care", "Body Care", "Sun" und "Other skin care" ein. Der Bereich Make-up wurde in "Face-" und "Eye-Make-up", "Lip Products", "Nail Products" und "Other Colour" unterteilt. Im Bereich Parfüms unterschied ASCOPA zwischen Männer- und Frauen-Parfüm. Zudem zählte ASCOPA "Men's non frag lines" und "Other Products" auf.⁴⁴⁵

⁴⁴³ Act. 564, Frage 5; Act. 569 Frage 6; Act. 571 Frage 6, Act. 562 Frage 6.

⁴⁴⁴ Act. 142, Frage 4.

⁴⁴⁵ Vgl. Act. 486.001-486.175.

458. Der Schweizerische Kosmetik und Waschmittelverband unterscheidet in seiner jährlichen aggregierten Umsatzstatistik zwischen den Teilmärkten Damenparfümerie, Männerkosmetik, Gesichtspflege, Körperpflege, Haarpflege, Zahnpflege und Babypflege, Sonnenschutzmittel und Dekorative Kosmetik.⁴⁴⁶

459. Vor dem Hintergrund der Einteilung der einschlägigen Branche und von Art. 11 Abs. 3 VKU würde sich die folgende Unterteilung der drei Märkte Parfüm, Pflege und Make-up in weitere Segmente aufdrängen:

- a. Parfüms: Damen- und Herrenparfüms.
- b. Make-up: Gesicht, Augen, Nägel und Lippen.
- c. Pflege: Gesicht, Hände, Körper, Sonnenschutzprodukte, Zähne, Haare und Babypflege.

460. Bei den Damen- und Herrenparfüms gibt es sogenannte Verdünnungsklassen. Je nach Konzentrationsgrad an Duftstoffen wird zwischen Eau de Solide (EdS, 1-3 %), Eau de Cologne (EdC, 3-5 %), Eau de Toilette (EdT, 6-9 %), Eau de Parfum (EdP 10-14 %) und Extrait de Parfums (15-30 %) unterschieden.

461. Make-up-Produkte werden zu der sogenannten dekorativen Kosmetik gezählt, da sie das Aussehen verändern. Konkret sind darunter u.a. Kompaktpuder, Lidschatten, Kajal Stifte (Augenränder), Eye-Liner (Augenränder), Mascara (für Wimpern, Augenbrauen), Lippenstifte, Lip-Gloss, Lippen-Konturen und Nagellack.

462. Im Gegensatz zur dekorativen Kosmetik soll die sogenannte pflegende Kosmetik die Schönheit von Haut (Gesicht, Körper, Hände), Zähnen und Haaren unterstützen und erhalten. Unter den Hautprodukten sind etwa Tages-, Nacht- und Sonnen-Cremes für verschiedene Hauttypen zu verstehen, aber auch Dusch- und Badegels sowie Haut-Öle. Unter Zahnprodukten sind vor allem Mundwasser und Zahnpasta zu subsumieren. Haarpflegeprodukte umfassen etwa Shampoos, Conditioner, Haarspray, Gel, Haarwachs und Haartönungen oder -farbe.

463. Aus diesen präzisierenden Angaben zu den Marktsegmenten folgt, dass eine weitere Subsegmentierung möglich wäre. So könnte etwa zwischen Mascara und Kayalstiften oder einer Faltencreme und einem Gesichtspeeling unterschieden werden.

464. Obwohl sich eine Aufteilung der drei Märkte Parfüm, Make-up und Pflege in Segmente anbietet und diese Segmente in weitere Subsegmente unterteilt werden könnten, betrachtet die WEKO vorliegend nur die drei Märkte Parfüm, Make-up und Pflege. Eine genauere Marktabgrenzung in engere Produktkategorien hätte nämlich keinen Einfluss auf das Untersuchungsergebnis. Allerdings wird anschliessend aufgezeigt, dass die drei Märkte in ein Luxus- und ein Massmarket-Segment unterteilt werden müssen.

465. Es steht fest, dass im Bereich der Zahn-, Haar- und Babypflege nur sehr beschränkt oder keine Informationen ausgetauscht wurden. Die nachfolgenden Ausführungen schliessen diese Produktbereiche daher nicht ein.

Unterteilung in ein Prestige- bzw. Luxussegment und ein Massmarketsegment

466. Der Umstand, dass Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU nur das Bedarfsmarkt-konzept erwähnt, bedeutet nicht, dass ausser dem Bedarfsmarkt-konzept keine anderen Markt-abgrenzungsmethoden zulässig sind.⁴⁴⁷ Vorliegend drängt sich aus den folgenden Gründen aber auch gemäss Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU eine weitere Unterteilung der vom Informationsaustausch betroffenen Markt-segmente in ein Prestige- bzw. Luxussegment und ein Massmarketsegment (von den Parteien auch als Konsumkosmetik bezeichnet) auf:

467. Die Mehrheit der befragten Untersuchungsadressaten⁴⁴⁸ (21 von 24, vier enthielten sich einer Antwort) setzen die Preise ihrer Produkte losgelöst von den Preisen der Produkte im Massmarket-Bereich fest. Ein befragtes Unternehmen erklärte diesen Umstand so, dass "die Preisbildung im Luxus-Sektor [...] grundsätzlich eigenen Regeln [folgt]".⁴⁴⁹ Diese Faktenlage ist ein deutliches Indiz für die Existenz eines Prestige- und Massmarket-Segmentes.

468. Gemäss Angaben eines führenden Retailers im Bereich der Kosmetik werden Luxus-bzw. Prestige-Produkte innerhalb eines Ladens nicht in den gleichen Sektoren und Regalen angeboten. Ein interner Test des Unternehmens, bei dem Luxus- bzw. Prestige-Produkte in der Auslage vermischt wurden, führte zu empfindlichen Umsatzeinbrüchen bei den Massmarket-Produkten.⁴⁵⁰ Globus gibt an, überhaupt keine Massmarket-Strategie zu verfolgen und lediglich Luxusmarken zu führen.⁴⁵¹ Auch diese Aussagen weisen deutlich auf eine entsprechende Segmentierung des Marktes hin.

469. Des Weiteren deuten die Organisationsstrukturen und Namen verschiedener Parteien darauf hin, dass es ein Massmarket- und ein Luxus-Segment gibt. Das Unternehmen L'Oréal hat eigens Unternehmensteile, die für die Luxusprodukte zuständig ist. Die in der Schweiz tätige zuständige Tochter nennt sich L'Oréal Produits de Luxe Suisse SA. Auch Procter & Gamble nennt die in der Schweiz im Luxussegment tätige Tochter P&G Prestige Products AG. Auch Coty unterteilt ihre Marken in zwei "Divisions": Prestige und Beauty.⁴⁵² Auf Anfrage⁴⁵³ nach welchen Kriterien diese Einteilung von Marken basierten, lieferte Coty keine Antwort. Allerdings steht fest, dass Coty weltweit die Division "Prestige" in der Regel selektiv, die Marken der Division "Beauty" breit vertreibt. Der Vertrieb erfolgt entsprechend über zwei Gesellschaften. In der Schweiz werden beide Divisionen von einem Unternehmen vertrieben.⁴⁵⁴

⁴⁴⁶ Abrufbar unter: <http://www.skw-cds.ch/Zahlen-Fakten.183.0.html>.

⁴⁴⁷ MANI REINERT/BENJAMIN BLOCH, in: Amstutz/Reinert (Hrsg.), Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2010, Art. 4 Abs. 2 N 106 und die dort aufgeführte Praxis.

⁴⁴⁸ Ordner I&II, Fragebogen für Hersteller, Importeure und Lieferanten von Parfümerie- und Kosmetikprodukten, Antworten der Untersuchungsadressaten auf Frage 12.

⁴⁴⁹ Act. 190, Antwort auf Frage 12.

⁴⁵⁰ Act. 571, Frage 10.

⁴⁵¹ Act. 564, Frage 10.

⁴⁵² http://www.coty.com/#/about_coty/key_figures, wo u.a. die Verkäufe pro "Division" (Beauty und Prestige) aufgeführt sind.

⁴⁵³ Act. 376.

⁴⁵⁴ Act. 195, Frage 2.

470. Ferner teilen die Unternehmen ihre Produkte explizit in Segmente ein. L'Oréal unterteilt seine Produkte in "Professional Products", "Consumer Products" und "Luxury Products".⁴⁵⁵ Beiersdorf teilt seine drei Marken Nivea, Eucerin und La Prairie den Marktsegmenten Massmarket, Dermo-Kosmetik und Premium ein.⁴⁵⁶

471. Wie die vom Sekretariat durchgeführte Befragung ergibt (vgl. Tabelle), hält denn die grosse Mehrheit der Parteien eine Unterscheidung in zwei Marktsegmente für sachgerecht.⁴⁵⁷

Abbildung 16:

Total eingegangene Antworten: 25					
	Enthaltungen	Trifft voll und ganz zu	Trifft eher zu	Trifft eher nicht zu	Trifft überhaupt nicht zu
	2	15	7	0	1
Parfümerie- und Kosmetikprodukte können in ein Marktsegment für Luxusprodukte bzw. ein Marktsegment für Massmarket-Produkte unterschieden werden:					
Unternehmen	[...]	[...]	[...]		[...]

Quelle: Ordner Fragebogen Hersteller, Importeure und Lieferanten I&II

472. Von einer Unterteilung in diese Segmente gehen ferner eine von Sisley eingereichte Studie zur europäischen Kosmetikindustrie⁴⁵⁸ und eine von Puig erstellte Studie aus (wobei sich letztere lediglich auf Parfüms und die dazugehörigen Pflegeprodukte beschränkt).⁴⁵⁹

473. Ein weiteres Indiz für das Vorliegen zweier separater Märkte liegt darin, dass die Parteien nicht Informationen über sämtliche von ihnen geführten Marken austauschten, sondern lediglich über solche, die sie Unternehmensintern dem Prestige- bzw. Luxussegment zuordneten. Dies wiederum lässt sich damit erklären, dass sie in ein anderes Marktsegment gehören.

474. Schliesslich kann der Kosmetik-Markt gemäss EU-Praxis und einer im Auftrag der EU-Kommission erstellten Studie in eine Prestige- bzw. Luxus- und ein Massmarket-Segment unterteilt werden.⁴⁶⁰ Dieser Befund stimmt zudem mit den Angaben der ASCOPA-Verbandsleitung und von aussenstehenden Unternehmen überein, wonach ASCOPA lediglich Unternehmen aus dem Bereich der Luxus-Parfümerie und -Kosmetikprodukte unter ihrem Verbandsdach vereinigt.⁴⁶¹

475. Es kann also abschliessend unter Würdigung aller Indizien davon ausgegangen werden, dass die Unterteilung in einen Luxus- bzw. Prestige-Markt der Marktrealität entspricht. In der Folge werden die Abgrenzungskriterien zum Massmarket im Detail dargestellt.

Die Unterscheidungskriterien für Massmarket- und Prestige- bzw. Luxusmarkt

476. Die EU-Kommission geht bei der Unterscheidung in die beiden Marktsegmente von der Qualität, Art der Distribution, Preis, Marke, Einpackung, Werbestrategie und Ausgestaltung der Verkaufspunkte aus.⁴⁶² Die von Puig eingereichte KPMG-Studie zieht weitgehend überein-

stimmend damit Preis, Produktqualität, Image, Distributionskanal und die Präsentation innerhalb der Verkaufsstelle als Abgrenzungskriterien herbei.⁴⁶³

477. Die Befragung der Parteien zu den verschiedenen Abgrenzungskriterien zeigt auf, dass der weitaus grösste Teil der Befragten mit diesen Kriterien einverstanden ist:

⁴⁵⁵ L'Oréal 2009, Executive Summary, 8, 10, 12; abrufbar unter: http://www.loreal.com/_en/_ww/html/our-comp-any/publications.aspx?

⁴⁵⁶ Vgl. http://www.de.beiersdorf.ch/Marken_Innovationen/Marken/Markensegmente.html.

⁴⁵⁷ Ordner I&II, Fragebogen für Hersteller, Importeure und Lieferanten von Parfümerie- und Kosmetikprodukten, Antworten der Untersuchungsadressaten auf Frage 14.

⁴⁵⁸ Act. 442, Beilage 8, u.a. 25 (*This challenging environment has caused cosmetics firms to push into the **premium segment** in order to squeeze higher value out of sales*), 34 (*Fragrances and skin care products have performed well in recent years due to new product developments in the "**premium**" and "**masstige**" segments*).

⁴⁵⁹ Act. 426, Beilage 2, 6 f.

⁴⁶⁰ KommE, COMP/M.5068 – L'Oréal/YSL Beauté, vom 17. Juni 2008 Rz 8 f.; KommE, 92/33/EWG, Yves Saint Laurent Parfums, ABl. 1992 L 12/24 ff.; KommE, 92/428/EWG, Parfums Givenchy, ABl. 1992 L 236/11 ff.; vgl. dazu WEBER (Fn 430), 10.

⁴⁶¹ Act. 87, 2.

⁴⁶² KommE, COMP/M.5068 – L'Oréal/YSL Beauté, vom 17. Juni 2008, Rz 9; KommE, 92/33/EWG, Yves Saint Laurent Parfums, ABl. 1992 L 12/24 ff.

⁴⁶³ Act. 426, Beilage 2, 6.

Abbildung 17:

Total eingegangene Antworten: 25*					
	Enthaltung	Trifft voll und ganz zu	Trifft eher zu	Trifft eher nicht zu	Trifft überhaupt nicht zu
Kriterien					
Preis	1	12	12	0	1
Marke	1	17	6	1	1
Qualität	0	15	9	1	1
Verpackung	1	11	9	4	1
Werbestrategie	0	8	10	7	1
Ausgestaltung der Verkaufspunkte	3	14	6	2	1

Quelle: Ordner Fragebogen Hersteller, Importeure und Lieferanten I&II, Antworten zu Frage 14.

*Die Summe der Antworten zur Qualität und Werbestrategie ergibt 26. Das liegt daran, dass Richemont je zwei Antworten angekreuzt hat.

478. Aufgrund der Befragungsergebnisse und der erwähnten Praxis rechtfertigt es sich, diese Kriterien zur Abgrenzung des Massmarktes vom Prestige- bzw. Luxussegmentes herbeizuziehen. Allerdings gehen die Wettbewerbsbehörden bei der Abgrenzung von drei Ausgangspunkten aus (Distribution, Marke und Image, Preis) innerhalb derer diese Kriterien zur Sprache kommen. Vorab sei zudem klargestellt, dass die Einteilung der verschiedenen Produkte in ein Massmarket und Prestige- bzw. Luxussegment durch eine Gesamtbeurteilung der erwähnten Elemente zu erfolgen hat. Die Zuordnung zu einem Segment kann gestützt auf die Erfüllung aller Kriterien zusammen oder lediglich einzelner davon erfolgen.

- Distribution

479. Die Parfüm- und Kosmetikartikel werden von exklusiv zugelassenen Importeuren, seien dies Tochtergesellschaften oder unabhängige Distributoren, vertrieben, welche wiederum nur an Detailhändler verkaufen, die ihrerseits die von der Markenherstellerin geforderten Kriterien erfüllen.⁴⁶⁴ Gemäss den Untersuchungen der Wettbewerbsbehörden unterscheidet sich die Distributionsweise der Kosmetikprodukte⁴⁶⁵ in der Schweiz nicht von der Distributionsweise derselben Unternehmen im Ausland.

480. Den Luxus- bzw. Prestige-Produkten ist eigen, dass sie selektiv vertrieben werden.⁴⁶⁶ Die selektive Vertriebsweise äussert sich in Übereinstimmung mit den Aussagen von Globus, Douglas, YSL und L'Oréal⁴⁶⁷ in der Anzahl Verkaufspunkte. Gemäss Globus und Puig sind Produkte, welche in bis zu 400 Verkaufspunkten vertrieben werden, laut YSL und L'Oréal, solche die in bis ca. 500 Verkaufspunkten angeboten werden, dem Prestige- bzw. Luxussegment zuzuordnen. Import, Manor, Douglas, Marionnaud, Sunstore, Globus und Amavita verfügen gemäss Berechnungen des Sekretariats über rund 80 % des Marktes. Diese Unternehmen vereinigen insgesamt etwas weniger als 400 Standorte auf sich⁴⁶⁸, so dass die obigen Einschätzungen von maximal 500 Standorten plausibel erscheint.

481. Im Vergleich dazu boten die bekanntesten Detailhändler in der Schweiz ihre Waren im Jahre 2007 in

rund 3858 Verkaufspunkten an.⁴⁶⁹ Massmarket-Produkte werden dauerhaft über diese regulären Detailhändler vertrieben, namentlich auch den Lebensmittelhandel.⁴⁷⁰ Die Anzahl der Verkaufspunkte ist also nicht beschränkt.

482. Die selektive Vertriebsweise wird in der Regel anhand von sogenannten Depotverträgen sichergestellt.⁴⁷¹ Der Depositär oder autorisierte Verkäufer einer bestimmten Marke darf die vom Hersteller/Distributor angebotene Ware nur unter bestimmten Bedingungen anbieten. Der folgende beispielhafte Katalog gibt einen Überblick über die Verkaufsbedingungen:

- a) Der Depositär ist lediglich ermächtigt, die Waren in den autorisierten Verkaufsstellen anzubieten.
- b) Der Depositär hat gewisse Qualitätsmerkmale zu erfüllen, solche Qualitätsmerkmale sind etwa:
 - Fachkundige Verkaufsberatung: Das Verkaufspersonal verfügt über eine Ausbildung im Fachbereich oder über genügende Berufserfahrung. Der Depositär stellt sicher, dass das Verkaufspersonal regelmässig an Schulungen teilnimmt. Diese Schulungen werden in der Regel vom Hersteller selbst durchgeführt.

⁴⁶⁴ Ordner I&II, Fragebogen für Hersteller, Importeure und Lieferanten von Parfümerie- und Kosmetikprodukten, Antworten der Untersuchungsadressaten auf Frage 27; Act. 2, Beilage B21, Allgemeine Verkaufsbedingungen.

⁴⁶⁵ Ordner I&II, Fragebogen für Hersteller, Importeure und Lieferanten von Parfümerie- und Kosmetikprodukten, Antworten der Untersuchungsadressaten auf Frage 28; lediglich ein Unternehmen gab an, dass sich seine Distribution in der Schweiz von seiner Distributionsweise im Ausland unterscheidet: Act. 195, Antwort zu Frage 28.

⁴⁶⁶ KommE, COMP/M.5068 – L'Oréal/YSL Beauté, vom 17. Juni 2008, Rz 10; Ordner I&II, Fragebogen für Hersteller, Importeure und Lieferanten von Parfümerie- und Kosmetikprodukten, Antworten der Untersuchungsadressaten auf Frage 4; Ordner III, Fragebogen Handelspartner, Antworten auf Frage 3.

⁴⁶⁷ Act. 162 Frage 3; Act. 564 Frage 9; Act. 569 Frage 9; Act. 427, Rz 9.

⁴⁶⁸ Vgl. die Angaben auf www.impo.ch; www.manor.ch; www.marionnaud.ch; www.douglas.ch; www.sunstore.ch; www.globus.ch; www.amavita.ch.

⁴⁶⁹ RPW 2008/1, 163 Rz 278, Migros/Denner.

⁴⁷⁰ WEBER (Fn 430), 76.

⁴⁷¹ Vgl. Act. 562 Frage 4; Act. 571 Frage 4; Act. 569 Frage 2.

Welch grossen Wert die Parteien auf die Ausbildung des Verkaufspersonals des Depositärs und dessen Beratungstätigkeit legen, zeigt sich darin, dass sämtliche befragten Unternehmen, welche Luxuskosmetikprodukte vertreiben, eine spezifische Schulung des Verkaufspersonals anbieten.⁴⁷² Dieser Befund deckt sich auch mit den Aussagen der Geschäftsführung eines namhaften Marktforschungsunternehmens, wonach es beim Einkauf eines Luxusproduktes für den Konsumenten nebst der Marke bzw. dem Image eines Produktes und der Werbung vor allem auf die Beratungsdienstleistungen der VerkäuferInnen ankommt.⁴⁷³

- Geographische Lage des Verkaufspunktes: Der Verkaufspunkt befindet sich an exklusiver Verkaufslage, was sich etwa in der Präsenz weiterer Geschäfte, welche Luxuswaren verkaufen, äussert.
 - Lage der Produkte innerhalb der Verkaufsstelle: Die Produkte werden etwa in spezialisierten Abteilungen eines Warenhauses angeboten. Die Produkte werden getrennt von Produkten, die dem Prestige- oder Luxusimages des Produktes abträglich sein können, angeboten.
 - Äusseres und inneres Erscheinungsbild der Verkaufsstelle: Die Fassade, die Anzahl Schaufenster und die Schaufensterdekoration werden bei der Beurteilung des äusseren Erscheinungsbildes betrachtet. Innerhalb der Verkaufsstelle wird auf die Sauberkeit des Verkaufslokals, die Grösse der Verkaufsfläche, die Beleuchtung, den Bodenbelag und die Möblierung geachtet.
- c) Der Depositär trifft Werbe- und Verkaufsförderungsmassnahmen (z.B. Verwendung des zur Verfügung gestellten Werbe-, Dekorations- und Demonstrationsmaterials).
- d) Der Depositär beachtet Vorschriften zur Lagerung (z.B. ausreichendes Assortiment aller Referenzprodukte, regelmässige Umwälzung der Produkte).
- e) Der Depositär ist verpflichtet, Produkte ausschliesslich von Distributor oder einem zugelassenen Händler zu beziehen.
- f) Der Depositär ist verpflichtet, eine Mindestmenge zu beziehen.⁴⁷⁴

483. Präzisierend sei hinzugefügt, dass gewisse Handelspartner, die in den Verträgen geforderten Qualitätsmerkmale ohne weiteres erfüllen, da sie ihre Geschäftspolitik auf den Verkauf von gehobenen Gütern richten, weshalb die Autorisierung zum Verkauf einer Marke nicht davon abhängig gemacht wird, ob sämtliche Depotklauseln unterzeichnet werden (vgl. etwa Globus).

484. Ferner ist zu beachten, dass die Vertriebspolitik gewisser Marken restriktiver als diejenige von anderen Selektiv anbietern ist, was sich in einer strikteren Handhabung der oben genannten Kriterien äussert, womit der

Vertrieb durch eine niedrigere Anzahl Verkaufspunkte einhergeht.

485. Der Gegensatz zum Massmarket zeigt sich am augenfälligsten darin, dass beim Kauf eines Konsumgutes jegliche Beratungstätigkeit entfällt. Eine besondere Ausgestaltung der Verkaufspunkte ist nicht vorgesehen.

- Marke und Image

486. Die Vertriebspolitik eines Produktes hängt direkt mit der Marke zusammen. Den Luxus- bzw. Prestigemarken ist gemein, dass sie sich über ihre Exklusivität definieren. Sie zeichnen sich ferner durch einen sehr hohen Bekanntheitsgrad aus. Es ist notorisch, dass eine starke Verflechtung der Luxus- bzw. Prestige-Marken mit der Modewelt besteht.⁴⁷⁵ Die Verbindung ergibt sich bei allen Kosmetik- und Parfümerieprodukten bereits daraus, dass sie Modeaccessoires an sich sind oder mit solchen zusammenhängen (z.B. Lidschatten, Make-up-Entferner).

487. In den meisten Fällen ist der betreffende Markenname identisch mit denjenigen von angesehenen Modedesignern oder renommierten Modehäusern, wie dies die Paradebeispiele von Armani, Burberry, Calvin Klein, Cartier, Chanel, Gucci, Dior, Jean Paul Gaultier, Joop, Lagerfeld, Prada, YSL und Sisley verdeutlichen (vgl. für weitere Beispiele Tabelle Rz 126). Von diesen Marken werden daher auch etwa Kleider, Schmuck und/oder andere Modeaccessoires hergestellt. Diese Marken strahlen daher Exklusivität aus.

488. Bei gewissen Marken wie z.B. Estée Lauder oder La Prairie ergibt sich die Exklusivität nicht durch den Umstand, dass von derselben Marke auch Haute-Couture und dergleichen hergestellt werden. Diese Marken versuchen ihre Exklusivität u.a. über ihr Erscheinungsbild oder durch den Produkten angepriesene hohe Qualitätsmerkmale darzustellen. Slogans wie etwa "*Luxus, Schönheit, Wohlbefinden*" (La Prairie)⁴⁷⁶ oder "*Bringing the best to everyone we touch*" (Estée Lauder)⁴⁷⁷ verdeutlichen dies.

489. Andere Marken stehen direkt in Verbindung mit weiteren Luxusgütern, wie z.B. Ferrari, Davidoff, Bulgari oder Cartier, weshalb ihnen eine Luxus- oder Prestige-Image anhaftet.

⁴⁷² Ordner I&II, Fragebogen für Hersteller, Importeure und Lieferanten von Parfümerie- und Kosmetikprodukten, Antworten der Untersuchungsadressaten auf Frage 26 a), von den 28 eingegangenen Antworten gaben 25 Untersuchungsadressaten an, eine Ausbildung anzubieten, zwei Mal wurde nicht geantwortet, eine Antwort ist unklar.

⁴⁷³ Act. 216, 4.

⁴⁷⁴ Vgl. Act. 2 Beilage B21 und Act. 190, Beilage (Depotvertrag).

⁴⁷⁵ Vgl. bereits die Studie von WEBER (Fn 430), 46.

⁴⁷⁶ http://www.laprairie.com/lp/contact/de_de/retailers.html.

⁴⁷⁷ http://www.elcompanies.com/the_company/the_company.php.

490. Gesondert sind schliesslich die sogenannten "Celebrity-Brands" zu erwähnen, welche den Namen von Berühmtheiten etwa aus der Film- und Musikbranche oder der Welt des Sports wiedergeben. Als Beispiele können etwa Jennifer Lopez, Sarah Jessica Parker und Gabriella Sabatini herbeigezogen werden. Alleine der Umstand, dass ein Produkt den Namen einer Berühmtheit (Celebrity) trägt, vermag aus dem Produkt keine dem Luxus- bzw. Prestige-Segment zugehörige Marke zu machen. Vielmehr ist das mit der Person verbundenen Image und die dazugehörige Werbung zu beachten, welche im Falle des Luxus- bzw. Prestigeproduktes darauf abzielen, die Exklusivität des Produktes sichtbar zu machen. Dieses Image schlägt sich schliesslich in einem teureren Verkaufspreise nieder (vgl. dazu anschliessend Rz 494 ff.).

491. Dem hohen Stellenwert entsprechend, der dem Markenimage zukommt, werden im Luxus- und Prestigesegment kostenintensive Werbekampagnen betrieben, mit denen das Markenimage gepflegt wird bzw. ein neues Produkt bekannt gemacht wird. Gemessen an den erzielten Umsätzen betragen die Werbeausgaben der Parteien für Parfüms bis zu 40 %, für Pflegeprodukte bis zu 40 % und für Make-up-Produkte bis zu 23 %. Die Parteiangaben variieren je nachdem, welche Produkte überhaupt hergestellt bzw. vertrieben werden.⁴⁷⁸ Zudem investieren primär die Hersteller in die Werbung, während ein zugelassener Distributor in der Schweiz keine grösseren zusätzlichen Ausgaben zu tätigen hat und von der Werbung des Herstellerhauses profitiert.

492. Die Verpackung des Produktes, soweit sie nicht bloss Notwendigkeit darstellt, hängt mit dem Image des Produktes bzw. der Marke zusammen und kann nicht losgelöst davon betrachtet werden. Die Verpackung von Luxusprodukten ist tendenziell aufwändiger und stilvoller in ihrem Design, um das exklusive Image des Produktes zu unterstreichen. Übereinstimmend damit wird gemäss Industrieverband Körperpflege- und Waschmittel (IKW) bei den "etwas teureren Produkten" u.a. durch die Verpackung "bereits der Einkauf zum Erlebnis und später setzt die Verpackung in Bad oder Schlafzimmer ästhetische Akzente". Der IKW führte eine Befragung durch, wonach 74 % der Befragten positive Aspekte in einer schönen ansprechenden Verpackung sehen. Eine aufwendige Verpackung werde vor allem bei Parfum, dekorativer Kosmetik und hochwertigen Produkten akzeptiert.⁴⁷⁹

493. Im Gegensatz zu den vorerwähnten Marken, wird die Marke eines Konsumgutes nicht mit einem Image von Exklusivität in Verbindung gebracht, was sich auch im Design der Verpackung und einem deutlich tieferen Preis pro Mengeneinheit äussert.

- *Zum Preis*

494. KPMG legt nahe, Düfte mit einem minimalen Detailhandelspreis von ungefähr CHF 60.- pro 50 ml dem Luxus- bzw. Prestigemarkt zuzuordnen, soweit dieses Produkt von einer starken Marke unterstützt werde.⁴⁸⁰

495. Eine Abgrenzung lediglich basierend auf den Detailhandelspreis vorzunehmen, wäre nicht zweckmässig, zumal ein und dasselbe Produkt, je nach Retailer und Warenhaus, preislich variieren kann. Zudem könnte das

identische Produkt je nachdem, ob es gerade im Rahmen einer Aktion günstiger verkauft wird, dem einen oder anderen Segment zuzurechnen sein. Das Luxusprodukt zeichnet sich generell gesagt durch einen überdurchschnittlichen Preis in Bezug auf die Menge aus.

496. Dabei ist zu beachten, dass eine Luxus- bzw. Prestigemarke nicht deshalb zu Massmarket wird, weil es durch vorübergehende Angebote zu Muttertag oder Weihnachten in eingeschränktem Rahmen auch in nicht zugelassenen Verkaufsstellen verkauft wird, die sich über Parallelimporte eindecken. Diese Anbieter profitieren für kurze Zeit vom Prestige-Image der Produkte und verkaufen es häufig zu tieferen Preisen.

497. Als Indikator für die Preishöhe kann auf die Preise der 10 meistverkauften Produkte pro Produktachse (Parfüm, Make-up, Pflege) verwiesen werden, welche das Sekretariat für die Analyse der Auswirkungen herangezogen hat (vgl. B.4.4.3).

(iii) Fazit

498. Die WEKO geht in der vorliegenden Analyse von den drei relevanten Märkten für Luxus- bzw. Prestige-Parfüms, Luxus- bzw. Prestige-Make-up und Luxus bzw. Prestige-Pflegeprodukten aus.

499. Insgesamt steht fest, dass der Kosmetik- und Parfümeriemarkt in eine Vielzahl von Segmenten unterteilt werden kann. Es kann vorliegend offen bleiben, ob eine weitergehende Unterteilung der aufgezählten Marktsegmente sinnvoll ist, zumal eine weitergehende Gliederung keinen Einfluss auf das Untersuchungsergebnis hätte. Da den Wettbewerbsbehörden keine Beweise vorliegen, wonach die Parteien in Bezug auf die Marktsegmente Zahn-, Haar- und Babypflege alle hier aufgezählten Informationstypen austauschten, kann zudem dahingestellt bleiben, ob in diesen Bereichen eine Unterscheidung in ein Massmarket und ein Prestige- bzw. Luxussegment möglich ist.

(iv) Parteivorbringen zur Marktabgrenzung im Rahmen der zweiten Stellungnahme

500. Deurocos bringt vor, dass die sachliche Marktabgrenzung unkorrekt sei. Deurocos sei im Bereich Pflege und Make-up teilweise im Massmarket tätig. Die Marken Collistar, Marbert und Déclaré seien dem Massmarket zuzurechnen.

501. Doyat Diffusion bestreitet die Markteinteilung nicht. Hingegen fielen ihre Produkte im Bereich des Make-up und der Pflege nicht in den Prestige- oder Luxusmarkt sondern in den Massmarket. Sie begründet dies im wesentlichen mit dem verschiedenen Vertrieb ihrer Produkte, der nicht über Parfümerien und Warenhäuser, sondern über professionelle Anbieter geschehe.

⁴⁷⁸ Vgl. Antworten auf Fragebogen vom 6. April 2009 Frage 8; Vgl. WEBER (Fn 430), 48 f.

⁴⁷⁹ Industrieverband Körperpflege- und Waschmittel (IKW) (Hrsg.), Körper & Pflege, Subjektiver und objektiver Nutzen der Körperpflege, 6. Aufl., 2006, 21.

⁴⁸⁰ Act. 426, Beilage 2, 6.

502. Zu der Darlegung von Deurocos ist vorab festzuhalten, dass sich das Unternehmen mit der blossen Behauptung begnügt, die Marken gehörten nicht zum Massmarket. Eine nachvollziehbare Begründung fehlt. Selbst wenn jedoch die Vorbringen von Deurocos zutreffen würden, vermag dies an Deurocos Rechtsstellung nichts zu ändern. Deurocos lieferte gemäss der Datenbank von ASCOPA Angaben zu zwanzig verschiedenen Marken,⁴⁸¹ das Wegfallen von einigen dieser Marken aus dem relevanten Markt beseitigt das Verhalten von Deurocos nicht.

503. Im Übrigen sind die Vorbringen von Deurocos widersprüchlich, was die Glaubwürdigkeit der Partei in Frage stellt. Im Rahmen der Antworten auf den Fragebogen vom 6. April 2009 teilte Deurocos die Marken Collistar, Marbert und Déclaré zum Luxus.⁴⁸² In ihren Stellungnahmen relativierte sie dies mit dem Hinweis, die Partei hätte nicht gewusst, wie das Sekretariat die Märkte habe abgrenzen wollen. Drittens lieferte Deurocos die Umsatzangaben zu den genannten Marken im Rahmen von ASCOPA, die sich selbst als Vertreterin der Luxus- und Prestigekosmetik versteht. Viertens widersprechen ihre Angaben zum Teil den eigenen Werbekampagnen:

504. Auf der Website von Deurocos wirbt das Unternehmen für die Marke Collistar mit den Worten: "*Die führende Kosmetikmarke Italiens steht für hochstehende Produkte zu äusserst attraktiven Preisen innerhalb des Prestige-Marktes*".⁴⁸³ Ferner wirbt Collistar unter dem Motto "*Collistar meets Ferrari and Maserati*", "*Collistar bedeutet Schönheit, Glamour, Fashion und ein Hauch von Extravaganz*".⁴⁸⁴ Nebst dem, dass sich Collistar selbst zum Prestige-Markt zurechnet, ist auch das Image, welches die Marke pflegt, auf das Luxus- und Prestige-Segment ausgerichtet. Zudem gibt Deurocos selbst auf ihrer Website an, dass die Produkte ausschliesslich in "*ausgesuchten und hochstehenden Parfümerien mit kompetenter Beratung*" erhältlich sind.⁴⁸⁵ Damit erfüllt die Marke ein weiteres Kriterium für die Zuteilung zum Luxus- bzw. Prestigemarkt.

505. Fünftens ist mit Bezug auf die Marke Marbert zu bedenken, dass sie über die für die Luxus- und Prestigekosmetik üblichen Kanäle vertrieben wird, wie Parfümerien und spezielleren Abteilungen in Warenhäusern. Der Aktionspreis von 75 ml Deo Stick beträgt bei Import CHF 14.30 (statt CHF 17.90), was einem Literpreis von CHF 190.60 (bzw. CHF 238.60) entspricht.⁴⁸⁶ Als Vergleich kostet ein 50 ml Nivea Deodorant bei Le Shop CHF 3.45 ohne Aktionsabzug, was einem Literpreis von CHF 69.00 entspricht.⁴⁸⁷ Der normale Marbert Deopreis ist also mehr 3.5 Mal so hoch, wie derjenige eines allgemein bekannten Massmarket Produktes, während der Aktionspreis immer noch 2.7 Mal höher ist. Ein weiteres Beispiel ist die 50 ml Tages- und Nachtcrème von Marbert, welche bei Douglas für CHF 38.90 angeboten wird,⁴⁸⁸ während 50 ml Tagescrème von Nivea bei Le Shop CHF 7.95 kosten.⁴⁸⁹ Marbert-Produkte unterscheiden sich also auch in preislicher Hinsicht klar vom Massmarkt. Eine eingehendere Analyse der Preise kann ausbleiben und braucht auch für die Marke Déclaré nicht vorgenommen zu werden. Selbst wenn man die Marken nicht zu den Luxus- bzw. Prestigekosmetikmarkt zählen

würde, hätte dies auf den Verfahrensausgang für Deurocos keinen Einfluss.

506. Gleich wie Deurocos erklärte Doyat Diffusion im Rahmen des Fragebogens vom 6. April 2009, dass ihre Marken dem Luxusmarkt zuzuteilen seien.⁴⁹⁰ In ihrer Stellungnahme möchte sie die Marken Thalgo und Serge Louis Alvarez vom Luxus- bzw. Prestigemarkt ausnehmen. Vorab steht fest, dass die Marken Thalgo und Serge Louis Alvarez mit Sicherheit nicht dem Massmarkt zuzurechnen sind. Alleine die Vertriebsweise trennt die Marken klar vom Massmarkt ab. Beide Marken werden gemäss Doyat Diffusions exklusiv von ihr vertrieben und nur an Abnehmer verkauft, die über einen gewissen Professionalismus und einen gewissen Standard verfügen. Gemäss Doyat Diffusion unterscheidet sich der Vertrieb in der Schweiz nicht von demjenigen in anderen Ländern.⁴⁹¹ Gemäss Angaben auf der Website von Serge Louis Alvarez werden die Produkte sowohl an professionelle Anwender als auch an den Retail vertrieben. Die Marke führt eine kleine Kleidermodekollektion und ist stark mit der Haut-Couture verbunden.⁴⁹² Sowohl der Vertrieb als auch das Image der Marke erfüllt also die typischen Voraussetzungen eines Luxus- und Prestigeproduktes. Eine andere Einteilung rechtfertigt sich nicht.

507. Die Marke Thalgo verfügt dagegen über eine verschiedenes Image. Thalgo entwickelte ursprünglich Produkte für medizinische Zwecke. Mittlerweile werden die Produkte bereiter vertrieben allerdings ausschliesslich für den professionellen Gebrauch in Zentren für die sogenannten "Thalassotherapie", Spas und Schönheitsinstituten. Im Unterscheid zu den anderen Produkten besteht keine vordergründige Verbindung zur Modewelt, sondern der Gesundheits- und "Wellness"-Charakter der Produkte steht klar im Vordergrund.⁴⁹³ Aus diesem Grund ist mit Doyat Diffusion darin übereinzustimmen, dass die Marke im Gegensatz zu Serge Louis Alvarez wohl nicht zum Luxusmarkt zu rechnen ist. Die WEKO verzichtet darauf, eine abschliessende Marktzeilung vorzunehmen, da sich dadurch nichts am Verfahrensausgang für Doyat Diffusion ändert.

⁴⁸¹ Act. 481.2.

⁴⁸² Act. 132, Antwort auf Frage 3.

⁴⁸³ <http://www.deurocos.ch/index.php?page=123>.

⁴⁸⁴ <http://www.collistar.ch/>.

⁴⁸⁵ <http://www.deurocos.ch/index.php?page=123>.

⁴⁸⁶ [http://www.impo.ch/b2c_impo/app/displayApp/\(xcm=impo_prod&cp size=12&layout=7.0-14_154_157_159_156_156_160_158_161_163_165_155_9&uiarea=9&carearea=%24ROOT&cpnum=1&item=4D4EB51A5BED0FDBE10000000A0311BE\)/.do](http://www.impo.ch/b2c_impo/app/displayApp/(xcm=impo_prod&cp size=12&layout=7.0-14_154_157_159_156_156_160_158_161_163_165_155_9&uiarea=9&carearea=%24ROOT&cpnum=1&item=4D4EB51A5BED0FDBE10000000A0311BE)/.do).

⁴⁸⁷ <http://www.leshop.ch/leshop/Main.do/direct/de/Search/nivea/#/de>.

⁴⁸⁸ http://ch.douglas-shop.com/douglas/Pflege-Gesicht-Tagespflege-Marbert-Basic-Care-Daily-Care-Day-Night-Care_productbrand_3000035640.html.

⁴⁸⁹ <http://www.leshop.ch/leshop/Main.do/direct/de/Search/nivea/#/de>.

⁴⁹⁰ Act. 176, Frage 3.

⁴⁹¹ Act. 176, Frage 27, 28.

⁴⁹² <http://www.sergelouisalvarez.com.au/about.html>.

⁴⁹³ <http://www.guidemondial.thalgo.com/>.

B.4.4.2 Räumlich relevanter Markt

508. 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).

509. Für die in Frage stehenden Produkte ist auf der Angebotsseite die Mehrheit der Mitglieder von ASCOPA schweizerischer Exklusiv-Importeur für eine oder mehrere Marken. Aus den Befragungen der ASCOPA-Mitglieder geht hervor, dass diese ihre Produkte einzig in der Schweiz vertreiben und nicht auf europäischem Niveau tätig sind. Bei den von den Mitgliedern genannten Vertriebskanälen handelt es sich um in der Schweiz tätige Detailhändler (z.B. Manor, Globus) oder schweizerische Filialen ausländischer Anbieter (z.B. Marionnaud, Douglas).⁴⁹⁴

510. Ferner steht fest, dass es kaum Parallelimporte in die Schweiz gibt. Soweit Importe aus dem Ausland getätigt werden, machen diese einen vernachlässigbaren Anteil am Gesamtmarkt aus (vgl. dazu Rz 699 ff.). Der innerschweizerische Markt ist also gegen aussen weitgehend abgeschirmt.

511. Die Richtigkeit dieser Feststellungen bestätigt der Umstand, dass auch das Marktforschungsunternehmen *European Forecasts* Marktstudien für verschiedene europäische Länder separat anfertigt.⁴⁹⁵ Auch die von Sisley eingereichte Marktstudie geht von national getrennten Märkten aus.⁴⁹⁶ Ferner gaben die grössten Detailhändler an, ihre Produkte nur in der Schweiz zu beziehen. Selbst derjenige Detailhändler, der Parallelimporte tätigt, gibt an, dass er nur teilweise im Ausland beziehen kann.⁴⁹⁷ Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass im vorliegenden Fall der räumlich relevante Markt national abzugrenzen ist.

B.4.4.3 Ökonometrische Untersuchung der Wettbewerbsabrede

(i) Einfluss der Bruttopreiserhöhungen auf die Nettopreise

Parteivorbringen

512. Das Sekretariat folgerte im Antragsentwurf vom 27. Mai 2010, der Informationsaustausch und insbesondere der Austausch der Bruttopreislisten habe den Preiswettbewerb beseitigt. Nach der ersten Stellungnahme der Parteien änderte das Sekretariat seinen Standpunkt zu Gunsten der Parteien. Es geht nunmehr von einer Wettbewerbsbeschränkung aus. Das Ausmass der Beschränkung wird vorliegend untersucht. Die nachfolgenden Parteivorbringen beziehen sich folglich auf den Antragsentwurf vom 27. Mai 2010, sind aber im vorliegenden Zusammenhang dennoch von Bedeutung.

513. Die Parteien argumentieren sinngemäss, aufgrund der komplizierten und von Kunde zu Kunde verschiedenen Rabatte sei es für die Konkurrenten nicht möglich, die Rabatte der Wettbewerber zu kennen. Der Nettopreis der Produkte sei daher ausgehend von den Bruttopreislisten nicht eruierbar. Eine Wettbewerbsbeschränkung sei nur dann möglich, wenn die Parteien sich sowohl über die Bruttopreise als auch die Rabatte einigten. Eine allfällige Abrede über die Bruttopreise genüge

nicht, um eine Wettbewerbsbeschränkung zu bewirken. Ob eine Wettbewerbsbeschränkung eingetreten sei, könne nur aus der Entwicklung der Nettopreise ersehen werden, die Bruttopreise gäben darüber keine Auskunft. Der Austausch der Bruttopreislisten sei gar nicht geeignet, eine Kollusion herbeizuführen.

514. Zur Klarstellung sei darauf hingewiesen, dass eine Abrede im juristischen Sinne teilweise als Kollusion bezeichnet wird. Diese Sichtweise ist nicht gleichbedeutend mit dem Begriffsverständnis der Kollusion im ökonomischen Sinne und wie sie hier von den Parteien vorgebracht wird. Der ökonomische Begriff der Kollusion bezieht sich auf ein Marktergebnis. Kollusion liegt demnach dann vor, wenn die Preise höher sind als dies bei funktionierendem Wettbewerb der Fall wäre.⁴⁹⁸

Untersuchungsergebnisse

515. Aufgrund der Parteistellungnahmen forderte das Sekretariat die Umsätze und Preisangaben der grössten Detailhändler im Bereich der Luxuskosmetik ein. Zudem befragte es diese Unternehmen. Gemäss Aussagen der führenden Händler sind die Bruttopreislisten immer Verhandlungsausgangspunkt bei den jährlichen Treffen mit den Herstellern und Distributoren.⁴⁹⁹ Einzelne Produktverkaufspreise werden nicht verhandelt. Vielmehr werden ausgehend von den eingekauften Gesamtmengen Rabatte gewährt. Eine Erhöhung eines Bruttopreises führt gemäss Aussagen von Globus, Douglas, Sun Store unweigerlich zu einem höheren Nettopreis.⁵⁰⁰ Import zu Folge kann der Hersteller den Endverkaufspreis beeinflussen, indem er den Einstandspreis hoch ansetzt.⁵⁰¹ Manor gibt zu bedenken, dass eine Bruttopreiserhöhung nicht unbedingt zu einer Nettopreiserhöhung führe. Manor entscheide letztlich zu welchem Preis, das Unternehmen verkaufe. Bei der Berechnung habe man Vorstellungen über die Margenhöhe. Je nachdem werde auf- oder abgerundet.⁵⁰² Marionnaud gibt an, Preiserhöhungen würden individuell angepasst.⁵⁰³

⁴⁹⁴ Ordner I&II, Fragebogen für Hersteller, Importeure und Lieferanten von Parfümerie- und Kosmetikprodukten, Antworten der Untersuchungsadressaten auf Frage 25.

⁴⁹⁵ European Forecasts publiziert Marktstudien über die Märkte in England, Frankreich, Deutschland, Italien, Spanien, Schweiz, Belgien/Luxembourg, Niederlanden und Österreich.

⁴⁹⁶ Act. 442, Beilage 8, 4.

⁴⁹⁷ Act. 562, Frage 10.

⁴⁹⁸ PAOLO BUCCIROSSI, in: Handbook of Antitrust Economics, Buccirossi (Hrsg.), 2008, 206; STEFAN BÜHLER/DANIEL HALBHEER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Vor Art. 1, Rz 108, letztere handeln unter dem Begriff der Kollusion die in der englischsprachigen Literatur als "tacit collusion" bezeichnete Erscheinungsform der Kollusion ab (a.a.O. Rz 108).

⁴⁹⁹ Act. 569 Fragen 24; Act. 564 Frage 22; Act. 571 Frage 22; Act. 572 Frage 23 f.; Act. 562 Frage 22.

⁵⁰⁰ Act. 579, Frage 16; Act. 569, Frage 15; Act. 564, Frage 15.

⁵⁰¹ Act. 562, Frage 16.

⁵⁰² Act. 571, Frage 15.

⁵⁰³ Act. 572, Frage 16.

516. Um den Einfluss der Bruttopreiserhöhungen auf die Endverkaufspreise zu berechnen, zog das Sekretariat die Marktdaten von Douglas, Import, Manor und Marionnaud heran. Diese Unternehmen vereinigen über 50 % der Marktanteile auf sich und gehören gemäss Parteiangaben zu den wichtigsten Abnehmern.⁵⁰⁴ Die von Globus und Sunstore gelieferten Daten enthielten nicht sämtliche Angaben, um diese Berechnung vorzunehmen. Aufgrund dessen und aufgrund der starken Marktstellung von Douglas, Import, Manor und Marionnaud beschränkte das Sekretariat die Berechnung auf diese vier Unternehmen.

517. Konkret stellte das Sekretariat die Bruttoeinkaufspreise den Endverkaufspreisen gegenüber (vgl. Graphiken Rz 521). Aus dieser Gegenüberstellung ist ersichtlich mit welchem Koeffizient die einzelnen Unternehmen die (Brutto-)Einkaufspreise der Produkte multiplizierten, um ihre Verkaufspreise zu berechnen. Ferner zeigt diese Gegenüberstellung, ob sich eine Erhöhung der Bruttopreise in einer Erhöhung der Nettopreise niedergeschlagen hat. Das Sekretariat untersuchte die relevanten Märkte getrennt. Es wurden dazu mit der Excel-Funktion lineare Trendlinien aufgezeichnet und das zugehörige Bestimmtheitsmass⁵⁰⁵ berechnet. Aus diesen Darstellungen folgt, dass ein positiver Zusammenhang zwischen den beiden Grössen Endverkaufspreise (ohne MWSt) und Bruttoeinkaufspreisen (ohne MWSt) besteht. Die Steigungen der Trendlinien zeigen an, wie stark sich die Endverkaufspreise (ohne MWSt) nach den Brutto-

preisen (ohne MWSt) richten und damit auch nach allfälligen Bruttopreiserhöhungen.

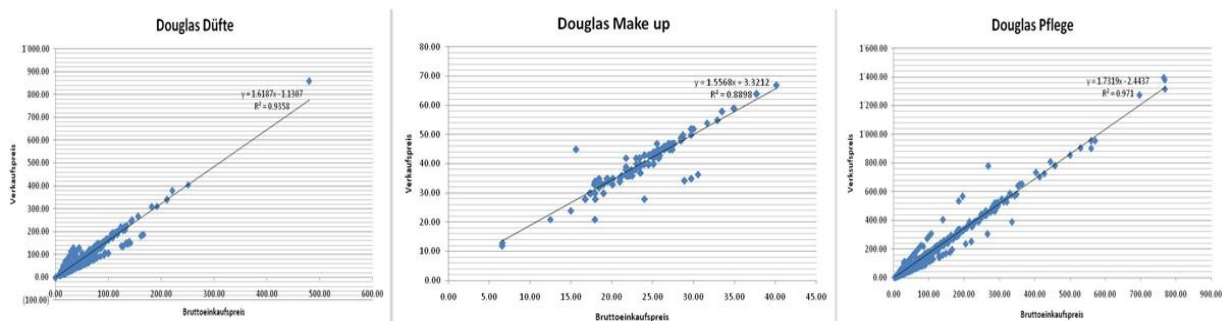
518. Für den Bereich der Parfüms lässt sich ersehen, dass die Trendlinie bei Douglas 94 % der Varianz erklärt. Die Trendlinie zeigt mit anderen Worten mit hoher Genauigkeit auf, wie stark sich die Endverkaufspreise nach den Bruttoeinkaufspreisen richten. Bei Import sind dies 80 %, bei Manor 93 % und bei Marionnaud 69 %. Es kann daher gefolgert werden, dass sich die Bruttoeinkaufspreissetzung bei allen vier Retailern stark auf die Endverkaufspreise ausgewirkt hat.

519. Noch genauer stimmt die Trendlinie mit den Resultaten der Pflegeprodukte überein. Die Trendlinie zeigt mit folgender Genauigkeit auf, dass sich die Bruttoeinkaufspreisen auf die Endverkaufspreise auswirken: Douglas 97 %, Import 88 %, Manor 99 % und Marionnaud 92 %.

520. Bei den Make-up-Produkten sind die Resultate ebenfalls eindeutig. Die Trendlinien zeigen bei Douglas mit 89 % Genauigkeit auf, wie sich die Nettopreise an die Bruttopreise angepasst haben. Bei Import beträgt der Wert 87 %, bei Manor 99 % und bei Marionnaud 93 %. Damit steht auch für die Make-up-Produkte fest, dass ein direkter Zusammenhang zwischen Bruttoeinkaufspreisen und Endverkaufspreisen besteht.

521. Die Datenauswertungen ergeben die in den Abbildung 18 a-d graphisch festgehaltenen Resultate (vgl. für eine grössere Darstellung der Graphiken Anhang IIIa):

Abbildung 18 a: Douglas



⁵⁰⁴ Vgl. Fragebogen vom 6. April 2009, Frage 25: Bulgari, Chanel, Clarins, Coty, Dior, Elizabeth Arden, L'Oréal, P&G, PC Parfums, Wodma und YSL, welche gemeinsam rund 70 % des Gesamtmarktes auf sich vereinigen, geben diese vier Retailer als hauptsächliche Handelspartner an. Zählt man Estée Lauder dazu, welche zwei dieser vier als hauptsächliche Handelspartner angab, liegen die Marktanteile bei 85-90 %.

⁵⁰⁵ Bestimmtheitsmass ist eine Zahl, deren Wert zwischen 0 und 1 (bzw. 0 % und 100 %) liegt. In unserem Fall zeigt das Bestimmtheitsmass an, wie verlässlich die jeweilige Trendlinie die beobachtete Beziehung zwischen der abhängigen (Verkaufspreise) und der unabhängigen (Einkaufspreise) Variable beschreibt. Je grösser das Bestimmtheitsmass ist desto verlässlichere Informationen beinhaltet die zugehörige Trendlinie.

Abbildung 18 b: Import

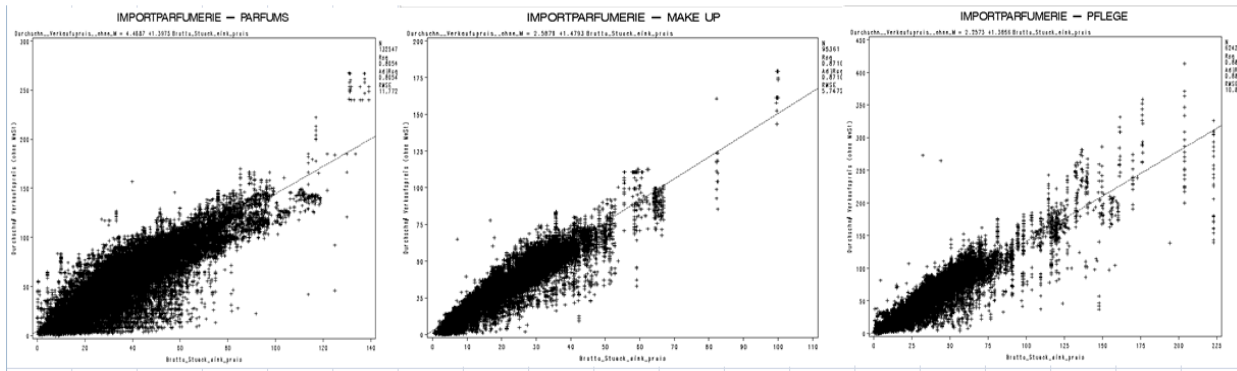


Abbildung 18 c: Manor:

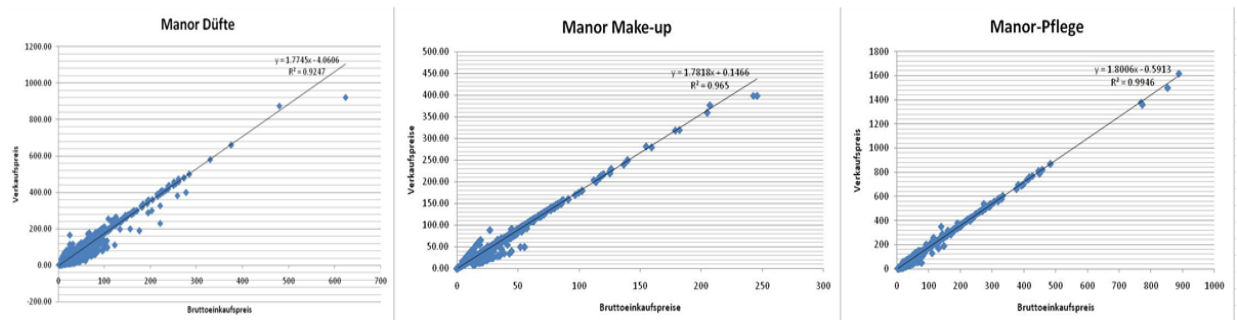
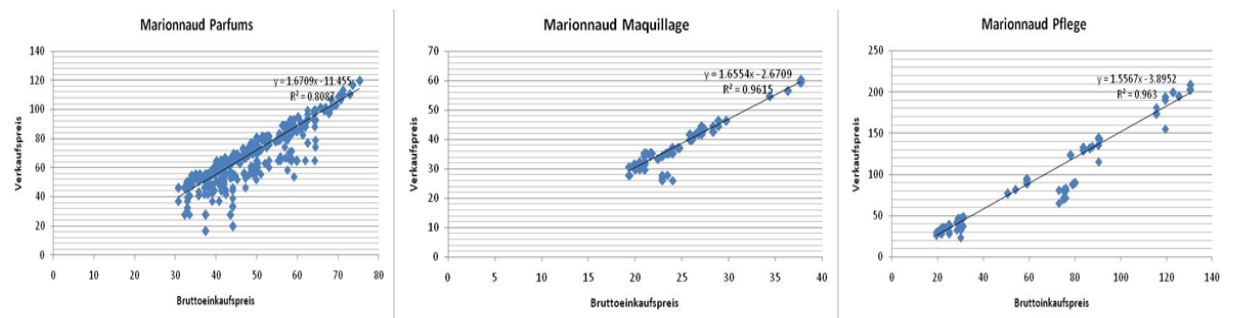


Abbildung 18 d: Marionnaud:



522. Um diese Resultate zusätzlich zu validieren, berechnete das Sekretariat den Korrelationskoeffizienten (und dessen Signifikanz) zwischen dem Verkaufspreis und dem (Brutto-) Einkaufspreis. Der Bruttoeinkaufspreis entspricht dem Einkaufspreis vor Abzug allfälliger Rabatte. Vereinfacht ausgedrückt, kann anhand der abgebildeten Korrelationskoeffizienten⁵⁰⁶ ersehen werden, in wie vielen Prozents der untersuchten Fälle eine Bruttoeinkaufspreisveränderung sich auf die Verkaufspreise ausgewirkt hat. Folgende Resultate sind zu beobachten:

⁵⁰⁶ Korrelationskoeffizienten ermöglichen, die Interdependenz zwischen zwei Merkmalen zu quantifizieren, hier zwischen (Brutto-)Einkaufspreis und Verkaufspreis. Sie messen den statistischen (linearen) Zusammenhang, wobei sie nicht nur die Stärke sondern auch die Richtung des Zusammenhanges anzeigen. Der Korrelationskoeffizient liegt zwischen -1 und 1. Ein negativer Wert bedeutet, dass sich die untersuchten Merkmale in entgegengesetzte Richtung bewegen (die Merkmale sind negativ korreliert). Die Extremfälle -1 und +1 besagen, dass die Merkmale vollständig negativ bzw. positiv korreliert sind. Der Wert 0 drückt aus, dass die Merkmale nicht (linear) voneinander abhängen bzw. überhaupt nicht zusammenhängen.

Der Korrelationskoeffizient beinhaltet lediglich Informationen darüber, ob ein (linearer) Zusammenhang zwischen den untersuchten Merkmalen besteht oder nicht. Er besagt aber nichts über den Kausalzusammenhang zwischen den Merkmalen. Im vorliegenden Fall kann aber ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass die Einkaufspreise die Höhe der Verkaufspreise bestimmen und nicht umgekehrt. Zudem gibt es im vorliegenden Fall keinen Grund von einer Scheinkorrelation auszugehen. Eine solche braucht daher vorliegend nicht untersucht zu werden.

Abbildung 19:

(Pearsonsche) Korrelationskoeffizienten zwischen Verkaufspreis und Einkaufspreis

Retailer	Parfums	Make Up	Pflege
Douglas	0.96738 (N = 3860)	0.94328 (N = 1087)	0.98538 (N = 5550)
Import	0.89744 (N = 132547)	0.93325 (N = 95361)	0.93813 (N = 62422)
Manor	0.96176 (N = 14688)	0.98873 (N = 22408)	0.99712 (N = 7285)
Marionnaud	0.82914 (N = 1806)	0.96564 (N = 457)	0.95958 (N = 461)

N = Anzahl Beobachtungen

Alle Werte sind hochsignifikant (Irrtumswahrscheinlichkeit <0.0001)

Verkaufspreis: Derjenige Preis, den die Retailer von Endnachfrager (Konsumenten) verlangen

Einkaufspreis: Derjenige Preis, den die Retailer dem Produkthersteller bzw. Zwischenhändler als Kaufpreis entrichten

523. Das bedeutet, im Bereich der Parfums wirken sich bei Douglas 97 %, bei Import 90 %, bei Manor 96 % und bei Marionnaud 90 % der Bruttopreisänderungen auf die Verkaufspreise aus. Im Bereiche der Make-up-Produkte wirken sich Bruttopreisänderungen bei Douglas in 94 %, bei Import in 93 %, bei Manor in 98 % und bei Marionnaud in 98 % aller Fälle aus. Schliesslich haben sich im Bereich der Pflege die Bruttopreisänderungen im folgenden Ausmass ausgewirkt: Douglas 99 %, Import 94 %, Manor 100 %, Marionnaud 98 %.

524. Der aufgezeigte Zusammenhang zwischen Brutto- und Nettopreisen impliziert, dass für die nachfolgenden Analysen durchaus die Bruttopreise herangezogen werden dürfen. Insbesondere werden damit auch die Aussagen der Retailer, die Bruttopreiserhöhungen führten zu Nettopreiserhöhungen, empirisch gestützt: Bruttopreiserhöhungen werden in den weitaus meisten Fällen vom Handel an die Endkunden weitergegeben. Dies belegt die Aussagen der Retailer, dass diese in der Regel nicht bereit sind, ihre Marge zu verkleinern. Damit sind die Parteibehauptungen widerlegt, eine Abrede über Bruttopreise habe keinen Einfluss auf die Nettopreise und sei nicht geeignet, Kollusion zu bewirken. Die Einschränkung des Preiswettbewerbs ist folglich nicht nur direkt vom Händler zu tragen, sondern wird auf den Konsumenten abgewälzt.

(ii) Auswirkungen des Informationsaustausches auf die Preisentwicklungen

525. In der Literatur finden sich verschiedene (ökonomische) Methoden, welche theoretisch geeignet sind, die Auswirkungen des Informationsaustausches auf die Preisentwicklung zu identifizieren. Zu nennen ist dabei insbesondere das in der Fachliteratur verbreitete Standardmodell des "Differenz-von-Differenzen-Ansatzes" (DiD-Ansatz).⁵⁰⁷ Dieser Ansatz würde jedoch vorliegend erfordern, dass Querschnittsdaten vor und nach der Einführung des Informationsaustauschsystems vorliegen und zwar nicht nur für ASCOPA-Mitglieder (sog. "Treat-

ment Group") sondern auch für eine sog. Kontrollgruppe (sog. "Control Group"), die zum Vergleich herangezogen werden muss. Den Wettbewerbsbehörden liegen aber lediglich Daten über Produkte von ASCOPA-Mitgliedern nach der Einführung des Informationsaustauschsystems vor. Deshalb ist es nicht möglich, die genannte Methode anzuwenden.⁵⁰⁸ Offenbar aus demselben Grund können auch die von den Parteien eingereichten Gutachten keine solche Analyse vornehmen.

526. Um die Auswirkungen des Informationsaustausches auf die Preisentwicklungen aufzuzeigen, stellt die WEKO deshalb, wie nachfolgend dargelegt wird, auf verschiedene andere Indizien ab. Zu diesem Zweck wurden für ausgewählte Parteien Preisindizes für die drei relevanten Märkte Parfüms, Pflege und Make-up berechnet. Es wurde ein Warenkorb der meistverkauften Produkte der umsatzstärksten Marken der Parteien (Anhang IV) zusammengestellt, um den Preisindex für diese Marken zu berechnen. Auf diese Weise konnte festgestellt werden, wie sich die Preise der Güter im Durchschnitt über die Bemessungsperiode verändert haben. Diese Ergebnisse wurden mit der Entwicklung des Landesindex für Konsumentenpreise (LIK), des LIK-Pflegeprodukte und des LIK-Toilettenartikel verglichen. Die hier genannten Luxus- bzw. Prestigekosmetikprodukte sind gemäss Angaben des Bundesamtes für Statistik in den herangezogenen LIKs beinhaltet. Der Vergleich mit den LIK kommt den Parteien erwartungsgemäss somit zu Gute, denn sie trieben mit ihren Produktpreisen die durchschnittlichen Preiserhöhungen der herangezogenen LIKs wohl tendenziell in die Höhe.

⁵⁰⁷ dazu z.B. A. COLIN CAMERON/PRAVIN K. TRIVEDI, *Microeconometrics, Methods and Applications*, 2005, 55 f., 768 ff.

⁵⁰⁸ Unabhängig von der Problematik der Datenverfügbarkeit basiert der DiD-Ansatz auf Annahmen, deren Gültigkeit nicht in jedem Fall statistisch geprüft werden kann.

527. In der Folge wird zuerst beschrieben, wie die Produkte ausgewählt wurden, um anschliessend die Berechnung der Indizes aufzuzeigen. Schliesslich werden die Ergebnisse dargelegt und gewürdigt.

Produktauswahl

528. In einem ersten Schritt bestimmte das Sekretariat die umsatzstärksten Marken der ASCOPA-Mitglieder. Um diese zu eruieren, wurden die Umsatzdaten herbeigezogen, welche die Mitglieder auf der Intranetseite der ASCOPA während der Zeitspanne Januar 2004 – August 2008 eingegeben hatten.⁵⁰⁹ Basierend auf diesen Daten erstellte das Sekretariat eine Tabelle für die drei relevanten Märkte Parfüm, Pflege und Make-up mit den meist verkauften Marken pro Partei (vgl. Anhang IV). Um die Erheblichkeit der Beschränkung darzulegen, wurde darauf verzichtet, die Daten sämtlicher Unternehmen zu untersuchen; es wurden nur die umsatzstärksten Marktteilnehmer betrachtet. In den verschiedenen Produktbereichen sind dies:

- Bei den Parfüms: Estée Lauder, Chanel, L'Oréal, YSL, Dior, Coty, Wodma 41 und P&G mit kumulativen Marktanteilen von [70-75] %;
- Im Bereich der Make-up-Produkte: Chanel, Estée Lauder (Lauder, Clinique), L'Oréal (Lancôme, Rubinstein), Dior und YSL mit gemeinsamen Marktanteilen von [75-80] %; und schliesslich
- Bei den Pflegeprodukten: Clarins, Estée Lauder (Lauder, Clinique), Juvena/La Prairie, L'Oréal, Dior und Wodma 41 mit Marktanteilen von insgesamt [75-80] %.

529. Als zweiter Schritt ermittelte das Sekretariat für jede der im vorigen Schritt bestimmten Marken die zehn von den Retailern meist verkauften Produkte, welche während der gesamten untersuchten Periode auf dem Markt angeboten wurden. Diese Produkte wurden anhand der Umsatzdaten der Retailer eruiert. Im Bereich der Parfüms wurden zur Bestimmung die Daten des Marktführers Import verwendet. Im Bereich der Pflegeprodukte wurden die Daten von Import bzw. Manor (für Juvena) verwendet. Schliesslich konsultierte das Sekretariat bei den Make-up-Produkten – aufgrund der starken Marktstellung des Unternehmens – die Daten von Manor.

530. Für jedes ASCOPA-Mitglied wurde eine Liste erstellt mit dem Umsatz pro Produkt und Monat zwischen 2008 und 2010. Die Liste enthielt auch die gesamten Umsatzangaben jedes Produktes während dieser Zeitspanne. Die Produkte wurden innerhalb der Retailerdaten anhand der *European Article Number* (EAN) identifiziert.

Berechnung der Indizes

531. Vorliegend wurde ein Laspeyres-Index berechnet (vgl. Anhang V). Um diesen Index zu berechnen, müssen Daten über den Preis und die Mengen vorliegen. Die Mengenangaben müssen für ein Jahr, das sogenannte Basis- oder Referenzjahr, vorhanden sein, die Preisangaben über den gesamten beobachteten Zeitabschnitt (hier 2004-2010).

532. Der Preis konnte von den Retailern nicht für die ganze Zeitspanne 2004-2010 geliefert werden. Dies lag

an den Informatiksystemwechsel der Retailer. Aus diesem Grund wurden die Bruttopreise (Sell-in-Preise) aus den Preislisten der Parteien verwendet, was, wie aufgezeigt (Rz 515 ff.), kein Problem darstellt. Die Produkte konnten anhand der EAN-Codes identifiziert werden. Da die Namensgebung von Import unklar war, wurden die EAN-Code von Import mit denjenigen von Manor und Marionnaud verglichen, um den Namen der Produkte herauszufinden.

533. Um die Mengen bestimmen zu können, stellte das Sekretariat auf die verkauften Mengen der Retailer ab. Für die Berechnung des hier gewählten Index reichte es aus, die Menge des Jahres 2010 bzw. 2009 (des Referenzjahres) zu kennen.

534. Auf diese Weise wurde für jedes Produkt die Preisgeschichte zwischen 2004-2010 erstellt und die verkauften Mengen für das Jahr 2010 hinzugefügt. Mit diesen Angaben wurden Laspeyres-Preisindizes berechnet (vgl. zur Berechnung Anhang V).

Ergebnisse Parfüms

535. Die Berechnung der Indizes (vgl. Abbildung 20) hat ergeben, dass sich die Preise der Warenkörbe der meistverkauften Produkte zwischen 2004 bis 2010 nach oben entwickelt haben. Mit Ausnahme von P&G, deren Preise zwischen 2006 bis 2007 auf dem gleichen Niveau blieben, und Estée Lauder, deren Preise zwischen 2004 und 2006 nur leicht stiegen, ist ein gleichzeitiger und starker Preisanstieg der meistverkauften Produkte pro umsatzstärkste Marke erkennbar.

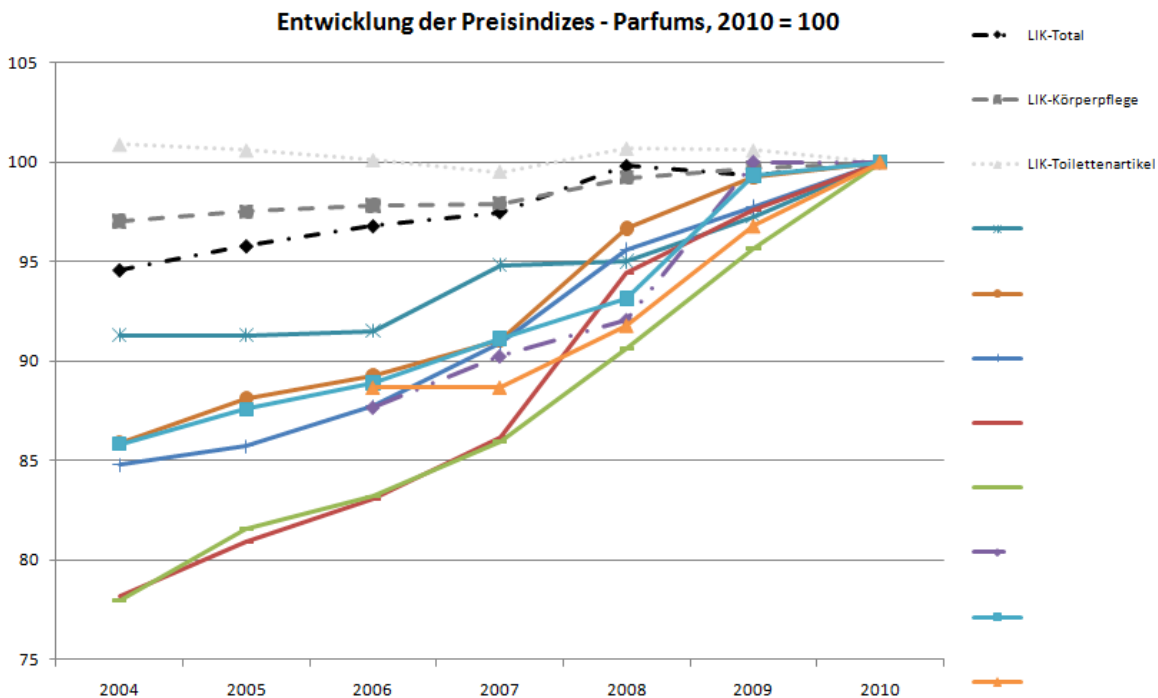
536. Dieser Preisanstieg wurde zudem (vgl. Abbildung 20) in Beziehung zum Landesindex für Konsumentenpreise (LIK) gesetzt. Es wird der LIK-Total dargestellt (schwarze Linie), der LIK-Körperpflege (dunkelgraue Linie) und der LIK-Toilettenartikel (hellgraue Linie). Es fällt auf, dass die Preiskurven der Warenkörbe wesentlich steiler verlaufen als die verschiedenen LIK. Das bedeutet, dass die Erhöhungen der Produktpreise durch die Parteien wesentlich höher ausgefallen sind als die Inflation.

537. Der Vergleich mit dem LIK-Total ist für die Parteien am günstigsten, da der Index die Teuerung sämtlicher Produkte und Dienstleistungen beinhaltet. Der LIK-Körperpflege enthält nebst Kosmetikprodukten auch Coiffeur- und Kosmetikdienstleistungen sowie Geräte für die Körperpflege und fällt daher ebenfalls zu breit aus. Der LIK-Toilettenartikel enthält Seifen und Badzusätze, Haarpflegemittel, Zahnpflegemittel, Haut- und Schönheitspflegemittel sowie Papierwaren für die Körperpflege. Er entspricht den hier untersuchten Produkten daher am besten. Es ist ersichtlich, dass der LIK-Toilettenartikel negativ verläuft.⁵¹⁰

⁵⁰⁹ Act. 486.2-486.175.

⁵¹⁰ Vgl. zu den verschiedenen Produktkategorien des Bundesamtes für Statistik: http://www.classweb.bfs.ad.min.ch/bridge/de/ClassificVersion_download.asp?lang=German&version=COICOP_1995.

Abbildung 20:



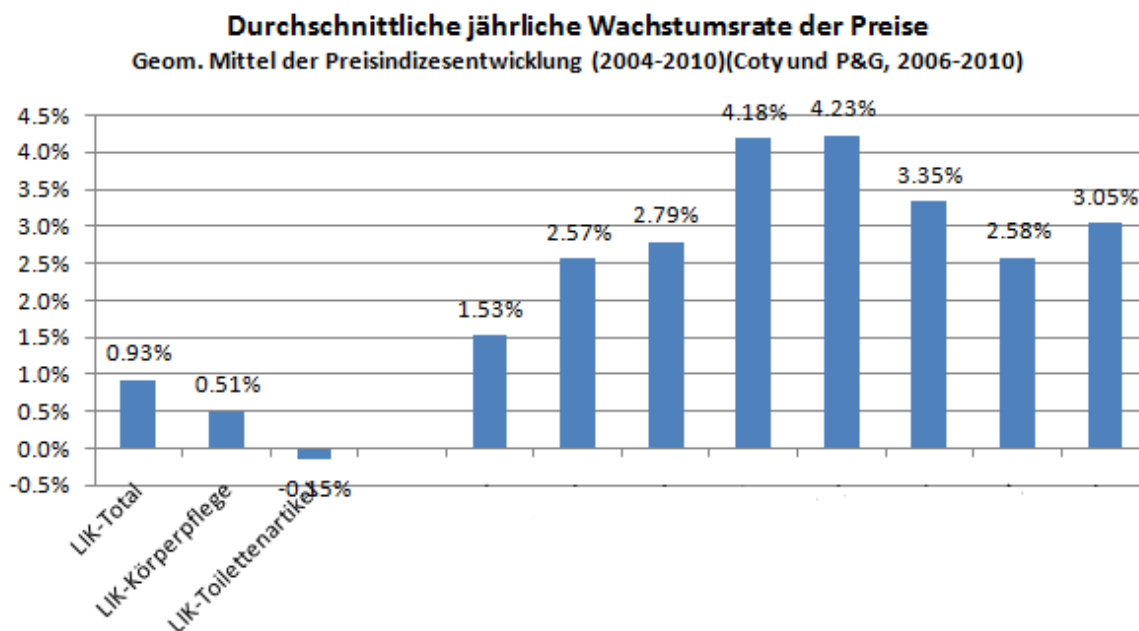
538. Zusammenfassend können folgende Feststellungen gemacht werden: Während der ganzen Untersuchungsperiode gab es keine Preissenkungen. Die Preissteigerungen verlaufen wesentlich steiler als die aufgeführten LIK. Darin liegt ein Indiz für das Vorliegen von Kollusion. Die alternativen Erklärungsversuche der Parteien sind nicht plausibel und werden von diesen nicht belegt (vgl. Rz 568 i.V.m. 574, Rz 575).

539. Aus der untenstehenden Abbildung 21 ist ersichtlich, dass die Preissteigerung der Produkte wesentlich über dem LIK liegt. Zieht man den für die Parteien günstigsten Vergleich des LIK-Total heran, liegt der tiefste Preisaufschlag 0.6 Prozentpunkte (Estée Lauder) höher. Anders ausgedrückt liegt die Preiserhöhung von Estée Lauder 64.5 %⁵¹¹ über der Preissteigerung des LIK-Total. Der nächst tiefere Preisaufschlag liegt 1.4 Prozentpunkte über der Teuerung bzw. ist um 176 %⁵¹² höher ausgefallen. Der grösste Kontrast besteht zwischen den Preisentwicklung der Warenkörbe und dem LIK-Toilettenartikel, dessen Produktbasis mit den vorliegenden Märkten am besten übereinstimmt. Während die Preise der Warenkörbe der Parteien anstiegen, ist der LIK-Toilettenartikel um -0.15 Prozentpunkte gesunken. Der moderateste Preisanstieg im Vergleich zum LIK-Toilettenartikel liegt bei 1.53 % (Estée Lauder), welcher damit immer noch 1.68 Prozentpunkte über der Teuerung liegt. Der höchste Preisanstieg ist bei Dior festzustellen, der [...] Prozentpunkte mehr als der LIK-Total anwuchs, bzw. dessen Wachstum [...] % höher ausgefallen ist als der LIK-Total.

⁵¹¹ 1.53 %/0.93 % -1.

⁵¹² 2.57 %/0.93 % -1.

Abbildung 21:



540. Der Vergleich mit den Preisentwicklungen der Toilettenprodukte ist für sich isoliert betrachtet ein weiteres Indiz dafür, dass die Preiserhöhungen auf Kollusion zurückzuführen sind. Der Umstand, dass Preisinformationen tatsächlich ausgetauscht wurden, stützt dieses Indiz zusätzlich (vgl. zu den alternativen Erklärungsversuchen Rz 568 i.V.m. 574, Rz 575).

541. Die vorgenannten Indizien zur Kollusion sind zudem im Zusammenhang mit den Marktanteilsentwicklungen der Unternehmen zu sehen (vgl. Abbildung 22). Beachtet man den Umstand, dass die Marktanteile der untersuchten Parteien mehrheitlich gleich blieben und die Preise gleichzeitig anstiegen, verstärkt dies die dargestellten Indizien. Die ausgewiesenen Marktanteile der Unternehmen wurden dabei anhand der Umsatzangaben der Parteien auf dem Intranet der ASCOPA berechnet.⁵¹³ Die Marktanteile der involvierten Unternehmen nahmen mit Ausnahme von Estée Lauder zu, wobei keine Differenz der Marktanteile zwischen 2004 bis 2007 von mehr als drei Prozent ersichtlich ist.

542. P&G hielt im Jahr 2004 Marktanteile von [...] % und erhöhte diese auf [...] % im Jahr 2007. Die Differenz beträgt also rund [...] Prozentpunkte. Dieser scheinbar starke Marktanteilsgewinn ist folgendermassen zu erklären: 2003 übernahm die P&G die Mehrheit der Wella AG. Noch bis im Sommer 2005 wurden die Duftbereiche von Wella und P&G in der Schweiz getrennt geführt. Die P&G-Marken wurden von Deurocos Cosmetics AG vertrieben. Ab Sommer 2005 wurde der Vertriebsvertrag mit Deurocos aufgelöst. Sämtliche P&G Düfte wurden ab diesem Zeitpunkt vom Unternehmen selbst vertrieben.⁵¹⁴

Die Marktanteile von Deurocos entwickelten sich entsprechend von [...] % im Jahr 2004 auf [...] % im Jahr 2007. Das entspricht einem Marktanteilsverlust von rund [...] Prozentpunkten. Daraus ist ersichtlich, dass der Marktanteilsverlust von Deurocos beinahe deckungs-

gleich ist mit dem Marktanteilsgewinn von P&G. Es ist daher davon auszugehen, dass der Marktanteil derjenigen P&G-Marken, welche zuvor von Deurocos vertrieben wurden, ungefähr gleich geblieben ist.

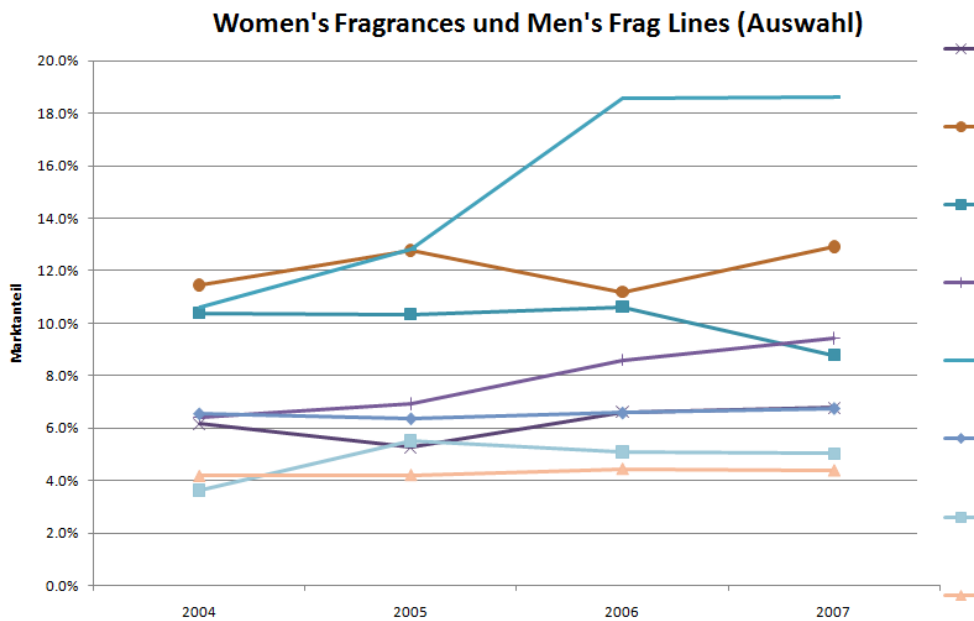
543. Die Marktanteilsentwicklungen von Coty (2004: [...] %, 2005: [...] %, 2006: [...] % und 2007 [...] %, Differenz = [...] %) und Lancaster (2004: [...] %, 2005: [...] %, 2006: [...] %, Differenz = [...] %) wurden zusammenge-rechnet. Coty hat zwei Divisionen "Coty Prestige" und "Coty Beauty". Die Division "Prestige" hiess früher Lancaster, die Division "Beauty" hiess Coty. In der Schweiz wurde der getrennte Vertrieb der beiden Divisionen ab 2007 aufgegeben.⁵¹⁵

⁵¹³ Act. 486.02 ff.

⁵¹⁴ Act. 2, 4.

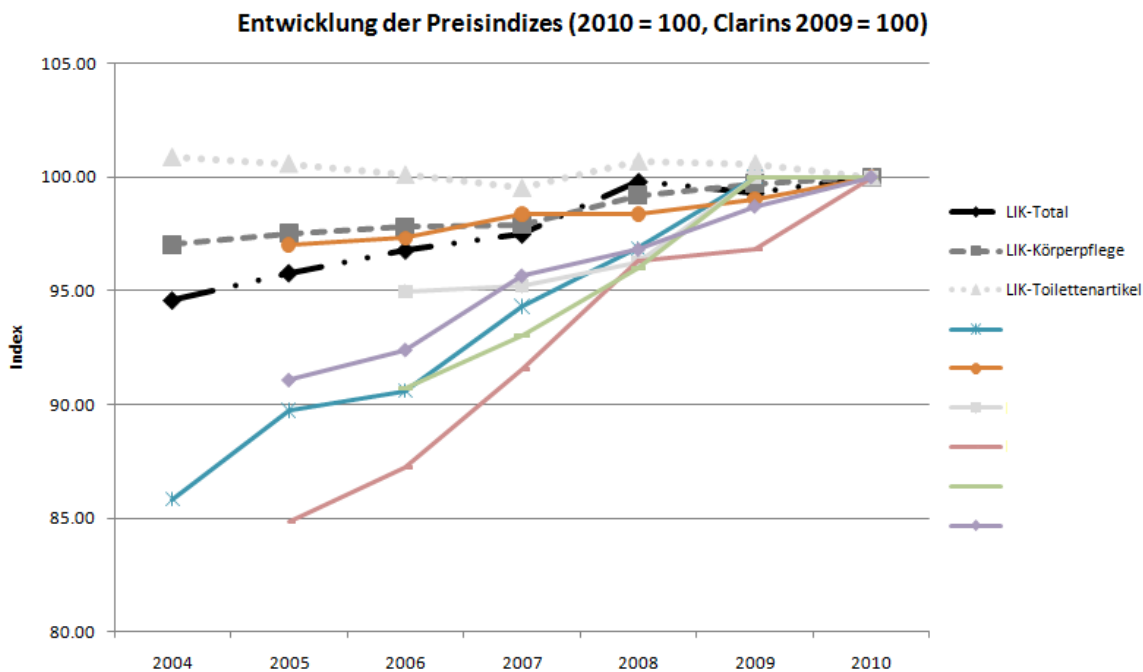
⁵¹⁵ Act. 195, Frage 2.

Abbildung 22:



544. Die Entwicklung der Marktanteilsverteilung ist wiederum im Zusammenhang mit den dargestellten Preisentwicklungen (Rz 541) zu beobachten. Vorliegend fällt auf, dass die Preiserhöhungen ohne Marktanteilsverlusten vollzogen werden konnten. Einzig die Marktanteile von Estée Lauder (2004: 10.4 %, 2005: 10.3 %, 2006 10.6 % und 2007: 8.8 %) gingen um -1.6 Prozentpunkte zurück. Diese Anteilsveränderung vermag nichts am

Abbildung 23:



546. Die Preisindizes wurden wiederum mit dem LIK-Total, dem LIK-Körperpflege und dem LIK-Toilettenartikel in Beziehung gesetzt (vgl. Rz 536 f.). Dabei fällt auf, dass sich die Preise der Warenkörbe alle über dem LIK-Toilettenartikel bewegen (vgl. Abbildung

Gesamtbild zu ändern, wonach der Informationsaustausch eine Verfälschung des Wettbewerbs bewirkt hat.

Ergebnisse Pflegeprodukte

545. Die Auswertung der Preisindizes der Pflegeprodukte ergibt ein ähnliches Bild wie bei den Parfums (vgl. Abbildung 23). Sämtliche Preise haben sich zwischen 2004 bis 2010 nach oben entwickelt.

24). Die Preiserhöhungen von Estée Lauder entsprechen am ehesten dem LIK-Toilettenartikel, indem sie 0.76 Prozentpunkte darüber liegen. Vergleicht man Estée Lauder mit dem für sie günstigeren LIK-Körperpflege, ist der Preiszuwachs lediglich 0.10 Pro-

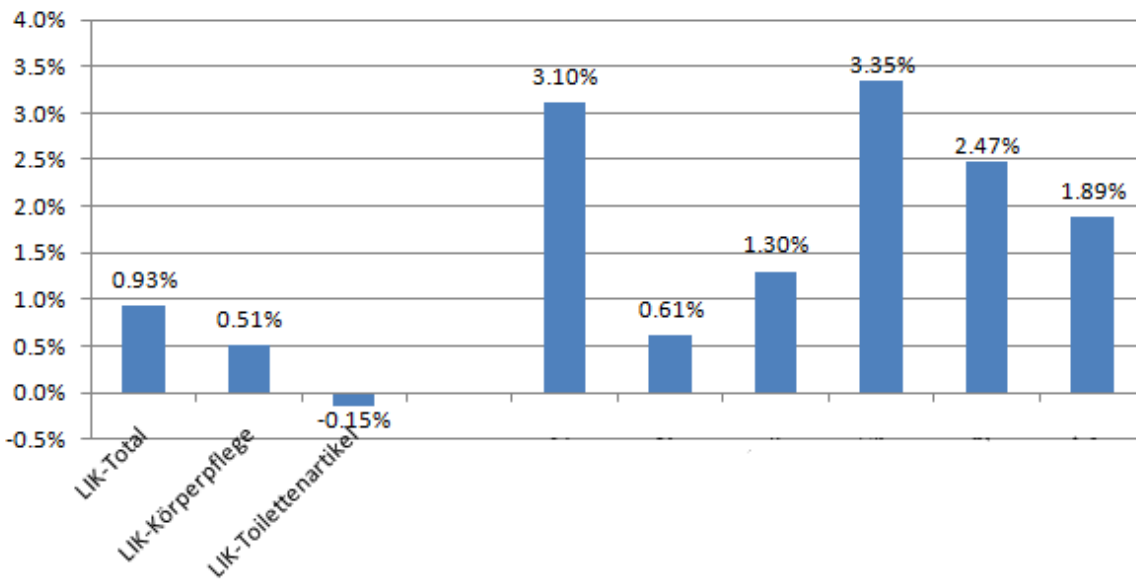
zentpunkte höher. Im Vergleich mit dem LIK-Total liegen die Preisentwicklungen von Estée Lauder gar leicht darunter. In Bezug auf die restlichen Unternehmen liegt die Teuerung der Produkte allerdings deutlich über dem LIK-Total, dem LIK-Körperpflege und insbesondere dem LIK-Toilettenartikel, welcher negativ verläuft.

547. Obwohl der Preisanstieg von Estée Lauder-Produkten im Vergleich mit den anderen Unternehmen moderat verläuft, deutet der Preisanstieg der ausgewer-

teten Indizes insgesamt darauf hin, dass Kollusion vorliegt. Denn die Preise haben sich immer nur nach oben bewegt und sind nie auch nur leicht zurückgegangen. Vergleicht man die Preisentwicklungen von Estée Lauder zudem mit dem LIK-Toilettenartikel liegt auch Estée Lauder erheblich über der Teuerung. Schliesslich liegen die Preise sämtlicher untersuchter Marktteilnehmer mit Ausnahme von Estée Lauder deutlich über dem LIK-Total.

Abbildung 24:

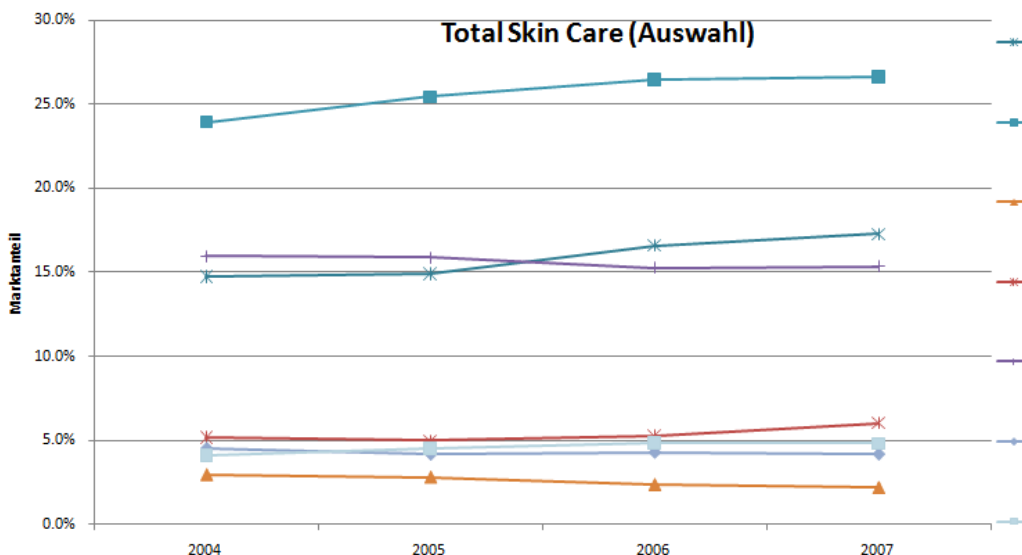
Durchschnittliche jährliche Wachstumsrate der Preise
 Geom. Mittel der Preisindizesentwicklung
 (LIK: 2004-10, Clarins: 2004-09, Estée Lauder, L'Oréal und Wodma 41: 2005-10, La Prairie/Juvena: 2006-10)



548. Die Marktanteils- und Preisentwicklungen sind aus den genannten Gründen zusammenhängend zu betrachten (vgl. Rz 536). Die Marktanteile haben sich nur minim

verändert, während sich die Preise teilweise erheblich erhöhten (vgl. Abbildung 25).

Abbildung 25:



549. Während die Marktanteile von Dior (2004: [...] %, 2005: [...] %, 2006: [...] %, 2007: [...] %), Juvena/La Prairie (2004: 5.2 % + 2.9 % = 8.1 %, 2005: 5 % + 2.8 % = 7.8 %, 2006: 5.3 % + 2.4 % = 7.7 %, 2007: 6 % + 2.2 % = 8.8 %), L'Oréal (2004: 15.9 %, 2005: 15.9 %, 2006: 15.3 %, 2007: 15.4 %) und Wodma (2004: [...] %, 2005: [...] %, 2006: [...] %, 2007: [...] %) weitgehend stagnierten, ergaben sich augenfällige Marktanteilsänderungen für Estée Lauder und Clarins. Bei näherer Betrachtung fällt aber auf, dass auch diese Marktanteilsveränderungen moderat ausgefallen sind. Clarins hielt 2004 [...] %, 2005 [...] %, 2006 [...] % und 2007 [...] % des Marktes. Das ergibt eine Differenz von [...] Prozentpunkten. Dabei fällt auf, dass dieses moderate Wachstum möglich war, obwohl Clarins seine Preiserhöhungen zwischen 2004-2007 deutlich über der Teuerung angesetzt hatte. Estée Lauder hielt 2004 23.9 %, 2005 25.4 %, 2006 26.5 % und 2007 26.6 % des Marktes. Dies ergibt eine Differenz von 2.7 Prozentpunkten. Auch dieses Wachstum war möglich, obwohl die Preiserhöhungen wie aufgezeigt verlaufen sind.

550. Es steht also auch mit Bezug auf den Markt für Pflegeprodukte fest, dass die Preise in der betrachteten

Periode konstant anstiegen, wesentlich über dem LIK für Toilettenartikel lagen und sich die Marktanteile nicht substantiell veränderten. Auch dieses Ergebnis ist ein zusätzliches starkes Indiz dafür, dass Kollusion im Sinne einer erheblichen Wettbewerbsbeschränkung vorliegt.

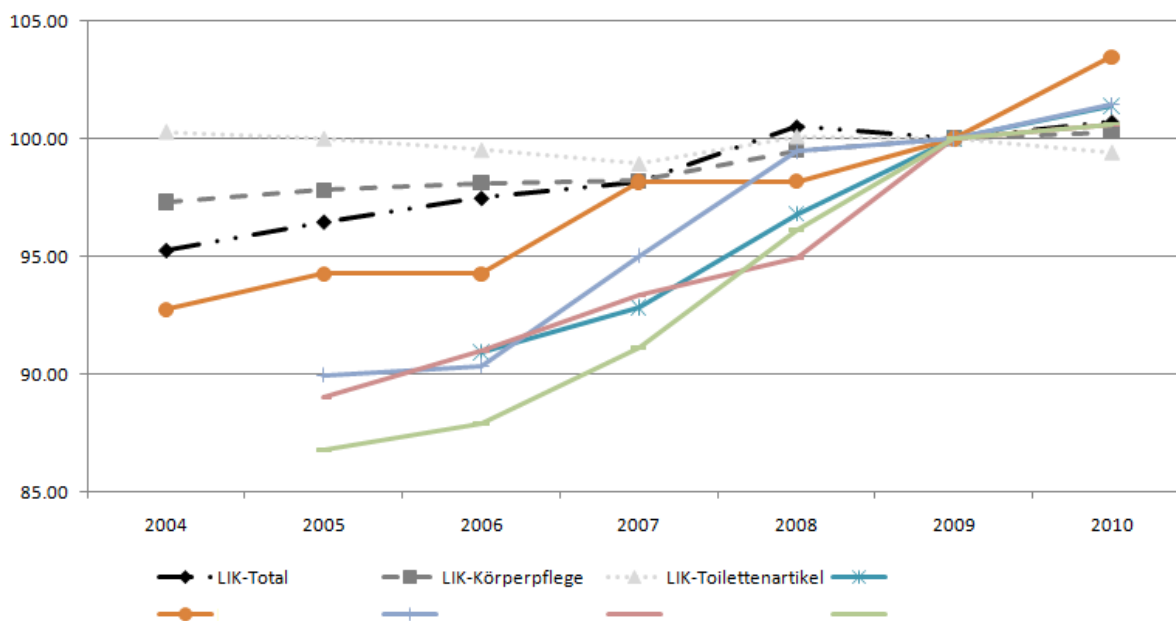
Ergebnisse Make-up

551. Vorab ist bei den Make-up Produkten darauf hinzuweisen, dass den Wettbewerbsbehörden keine Daten über Verkaufsmengen der Produkte für 2010 vorliegen. Aus diesem Grund ist das Basisjahr für die Indexberechnungen das Jahr 2009 anstelle des Jahres 2010, welches vom Sekretariat für die Berechnung der beiden anderen Indizes für die Parfüm- und Pflegeprodukte herangezogen wurde. Die Linien in Abbildung 26 gehen deshalb über den Wert von 100 hinaus.

552. Wie bei den Parfüm- und Pflegeprodukten ergab die Auswertung der Preisindizes bei den Make-up-Produkten, dass sich die Preise zwischen 2004 bis 2010 ausschliesslich erhöhten. Dieser Umstand steht im Gegensatz zu den Entwicklungen der LIK, welche teilweise stagnierten oder gar negativ verliefen.

Abbildung 26:

Entwicklung der Preisindizes (2009 = 100), Make-up

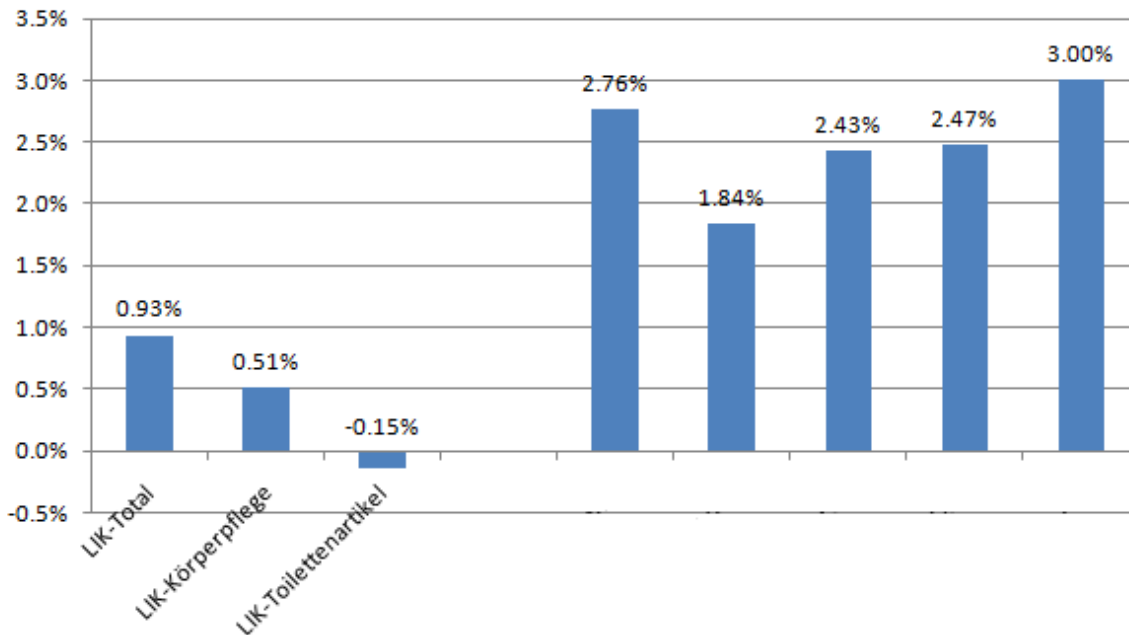


553. Die Preiserhöhungen (vgl. Abbildung 26) sämtlicher Indizes liegen über dem LIK-Total, dem LIK-Körperpflege und dem LIK-Toilettenartikel. Der Umstand, dass die Indexpunkte des LIK-Total und des LIK-

Körperpflege mit zwei Kurvenpunkten von Estée Lauder zusammenfallen hat keine Bedeutung in Bezug auf die Preisentwicklungen, wie aus der nachstehenden Darstellung folgt.

Abbildung 27:

Durchschnittliche jährliche Wachstumsrate der Preise, Make-up
Geom. Mittel der Preisindizesentwicklung
(LIK: 2004-10, Chanel: 2006-10, Estée Lauder: 2004-10, L'Oréal, Dior und YSL: 2005-10)

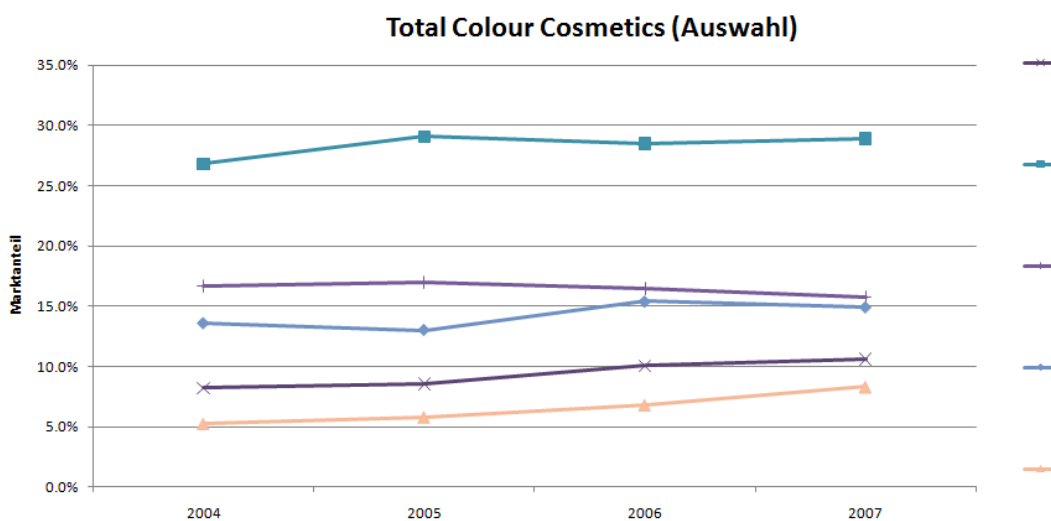


554. Beim Vergleich der durchschnittlichen Wachstumsrate der Preise im Bereich Make-up (vgl. Abbildung 27) fällt auf, dass sämtliche Preiserhöhungen wesentlich über der durchschnittlichen Teuerung liegen. Selbst Estée Lauder, welche sich mit ihren Preiserhöhungen noch am nächsten beim LIK-Total befindet, erhöhte ihre Preise im doppelten Umfang. Dabei muss der Umstand in Betracht gezogen werden, dass der Vergleich mit dem LIK-Total, das für die Parteien vorteilhafteste Bild ergibt.

Der Vergleich mit den LIK-Körperpflege zeigt, dass die Preiserhöhungen von Estée Lauder mehr als das Dreifache betragen und von YSL gar das Sechsfache. Der LIK-Toilettenartikel, der dem verglichenen Warenkorb am ehesten entspricht, verläuft negativ und zeigt den Umfang der Preiserhöhungen am deutlichsten auf.

555. Schliesslich sind die Preisentwicklungen wiederum mit den Marktanteilsentwicklungen in Beziehung zu setzen (vgl. Abbildung 28).

Abbildung 28:



556. Wie aus Abbildung 28 ersichtlich ist, haben sich die Marktanteile, trotz der erheblichen Preiserhöhungen kaum verändert. Die grösste Differenz an Marktanteilen zwischen 2004 und 2007 weist YSL mit 3 Prozentpunkten (2004: 5.3 %, 2005: 5.8 %, 2006: 6.8 %, 2007: 8.3 %) auf. Dabei fällt auf, dass YSL gleichzeitig die höchsten Preiserhöhungen durchgesetzt hat. Die Differenzen der Marktanteile der übrigen Unternehmen betragen: Chanel: 2.4 Prozentpunkte (2004: 8.2 %, 2005: 8.6 %, 2006: 10 %, 2007: 10.6 %), Estée Lauder: 2.1 Prozentpunkte (2004: 26.8 %, 2005: 29.1 %, 2006: 28.5 %, 2007: 28.9 %), L'Oréal: -0.9 Prozentpunkte (2004: 16.7 %, 2005: 17 %, 2006: 16.5 %, 2007: 15.8 %) und Dior: [...] Prozentpunkte (2004: [...] %, 2005: [...] %, 2006: [...] %, 2007: [...] %).

557. Auch diese Resultate zeigen auf, dass Marktanteile der Parteien weitgehend stabil blieben, obwohl sie ihre Preise stetig anhoben und zwar in einem Umfang, der wesentlich über dem LIK liegt. Dieses Resultat ist ein starkes Indiz, dass Kollusion im Sinne einer erheblichen Wettbewerbsbeschränkung vorliegt.

Parteivorbringen in der ersten Stellungnahme und deren Würdigung

558. In den Parteigutachten wird verlangt, das Sekretariat müsse Vergleichsmärkte im Ausland herbeiziehen und die dortigen Preisentwicklungen beobachten. Üblicherweise drängt sich aufgrund der kulturellen Gegebenheiten ein Vergleich mit den Märkten des angrenzenden Auslands auf. Die Daten für diese Märkte konnten von den Retainern aber nicht geliefert werden. Die Daten hätten aber ohnehin nur eingeschränkten Wert, da sowohl in Deutschland⁵¹⁶, Italien⁵¹⁷ als auch Frankreich⁵¹⁸ (im Übrigen auch in Spanien⁵¹⁹) während der hier untersuchten Zeitspanne Kartelle im Bereich der Kosmetik sanktioniert wurden. Der Vergleich mit Preisentwicklungen, die ihrerseits auf Abreden beruhen, wäre daher nicht aussagekräftig.

559. Das Vorbringen, es seien die Märkte in zeitlicher Hinsicht vor und nach Einstellung des Kartells zu betrachten, ist zwar theoretisch nachvollziehbar, im vorliegenden Fall aber unrealistisch. Einerseits steht fest, dass die Preisvergleiche mindestens bis 1993 zurückreichen (vgl. Rz 31), so dass ein Vergleich nicht nur mangels Daten ausgeschlossen ist, sondern die Märkte wohl aufgrund der geänderten Konsumgewohnheiten nicht mehr vollumfänglich vergleichbar sind (vgl. zur fehlenden Machbarkeit mikroökonomischer Kausalstudien im vorliegenden Fall Rz 525).

560. Die Parteien brachten zudem vor, nach Einstellung des Informationsaustausches seien die Preise weiter angestiegen. Läge tatsächlich eine Abrede vor, hätten die Preise fallen müssen. Als Vergleich wurde das Strassenbelagskartell im Kanton Tessin⁵²⁰ herbeigezogen, wo die Preise nach Beendigung des Kartelles um 30 % gefallen seien.

561. Diese Vorbringen sind verfehlt. Erstens hatte der Strassenbelagsfall eine Abrede über die Aufteilung der Aufträge sowie Preisabreden in diesem Zusammenhang zum Gegenstand. Jede Offerte musste separat berechnet werden. Ein Unternehmen, das nach Beendigung

des Kartelles keine Kenntnisse mehr über die Gebote der anderen Unternehmen hat, war bei der Berechnung seiner nächsten Offerte gezwungen, so effizient wie möglich anzubieten. Denn ein Unternehmen, das zu teuer anbietet, erhält den ausgeschriebenen Auftrag nicht. Daher ist ein Preiseinbruch bereits bei der nächsten unter wettbewerbskonformen Bedingungen gestellten Offerte zu erwarten.

562. Anders verhält es sich vorliegend. Es gibt kurzfristig keinen Anreiz für den Hersteller, die Preise zu senken. Die Marktgegenseite ist vielmehr weiterhin bereit, die angebotenen Preise zu bezahlen. Es ist daher nicht ersichtlich, warum der Hersteller mit einer umgehenden Preissenkung reagieren sollte. Aufgrund dessen ist es sehr unwahrscheinlich, dass innert so kurzer Zeit eine Änderung der Preise ersichtlich wird.

563. Zweitens war nicht nur der Schweizerische Markt von Kartellen in der Kosmetikbranche betroffen, sondern auch das umliegende Ausland. Viele der Mutterhäuser (z.B. Chanel, Clarins, L'Oréal, YSL, Dior, Beiersdorf), welche gemäss Parteiangaben eine Rolle spielen bei der Bruttopreisfestlegung, sind in diesen Ländern ansässig und waren auch in den betreffenden Verfahren involviert. Der Anpassungsdruck der Preise in der Schweiz ist auch daher gering.

564. Zusammenfassend ist der Kausalzusammenhang zwischen dem Informationsaustausch und den Preisentwicklungen aus ökonomischer Sicht plausibilisiert. Bruttopreiserhöhungen führten wie gezeigt zu Netto-preiserhöhungen (vgl. Rz 522 ff.). Die Preisindizes entwickelten sich konstant gegen oben und lagen wesentlich über den LIK (vgl. Rz 535 ff., Rz 545 ff., Rz 551 ff.). Die Marktanteile schwankten im Parfüm-, Pflege- und

⁵¹⁶ Das Bundeskartellamt sanktionierte u.a. Chanel, Clarins, P&G, Coty Prestige, Estée Lauder, L'Oréal, LVMH Parfums & Kosmetik, Shiseido und YSL Beauté u.a. wegen des betriebenen Informationsaustausches, http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/archiv/PressemeldArchiv/2008/2008_07_10.php.

⁵¹⁷ Die italienische *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* sanktionierte unter anderem L'Oréal, Beiersdorf, Unilever und P&G wegen Preisabsprachen, vgl. CRISTINA PONCIBÒ, *The Italian Competition Authority fines a number of large retailers for cosmetic and health care products*, e-Competitions 2011.

⁵¹⁸ Im Jahre 2006 sanktionierte die französische *Conseil de la Concurrence* Beauté Prestige, Chanel, Dior, Givenchy, Guerlain, Kenzo, L'Oréal, Shiseido, Thierry Mugler, YSL und andere wegen vertikaler Preisabreden:

http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=184&i_d_article=530; Entscheidung des französischen Conseil de la concurrence, décision no 06-D-04 bis* vom 13 März 2006.

⁵¹⁹ Die *Comisión Nacional de Competencia* sanktionierte die Asociación Nacional de Perfumería y Cosmética (STANPA) wegen ihres Informationsaustausches,

<http://www.cncompetencia.es/Default.aspx?TabId=105&ContentId=255252&Pag=1>. Mitglieder der STANPA sind unter anderem auch Estée Lauder, L'Oréal, P&G, Unilever, Beauté Prestige und Puig, vgl. <http://www.stanpa.com/asociados/RelacionAsociados2009.aspx>.

⁵²⁰ RPW 2008/1, 85 ff., *Strassenbeläge Tessin*.

Kosmetikmarkt nur schwach (vgl. Rz 541 ff., Rz 548 ff., Rz 555 ff.). Das bedeutet, die Parteien konnten Preiserhöhungen im erwähnten Umfang tätigen, ohne Marktanteilsverlusten vergegenwärtigen zu müssen. Aus der Sicht der WEKO liegen keine überzeugenden alternative Erklärungen für die beobachteten Entwicklungen vor. Auch die Parteien vermochten keine rationale und konsistente Begründungen zu liefern (vgl. Rz 568 i.V.m. 574, Rz 575), geschweige denn zu belegen. Rechtlich gesehen bestehen daher keine vernünftigen Zweifel, dass sich der Informationsaustausch auf die Preisfestsetzung ausgewirkt hat.

Parteivorbringen in der zweiten Stellungnahme und deren Würdigung

565. Soweit die Parteien ihre Argumente wiederholen, verzichten die Wettbewerbsbehörden darauf, erneut auf dieselben Argumente einzugehen. Die Parteivorbringen werden in der Folge in fünf Themenkomplexen – Kausalität, LIK, Brutto-Nettopreise, verwendete Daten und andere – zusammengefasst.

- *Kausalität*

566. Gemäss Wodma, Coty, Dior und PC Parfums besteht keine Kausalität zwischen dem Informationsaustausch und den Preisentwicklungen. Aus der Sicht Cotys hat das Sekretariat keinen hypothetischen Referenzmarkt herbeigezogen.

567. Auch L'Oréal/YSL verlangt, das Sekretariat müsse den Unterschied zwischen diesem hypothetischen Wettbewerbspreis und dem festgestellten Preisen aufzeigen. Der Unterschied müsse aufzeigen, dass der Wettbewerb erheblich eingeschränkt sei.

568. Deurocos trägt vor, die Auswirkungen der Wettbewerbsabrede seien nicht erwiesen. Die Preiserhöhungen könnten auch auf höhere Rohstoffpreise, staatliche Regulierungen etc. zurückzuführen sein. Estée Lauder argumentiert in ähnlicher Weise, das Sekretariat habe die Kostenentwicklung und Nachfragebedingungen nicht untersucht. Die Zeitabfolgen von Preiserhöhungen seien nicht analysiert worden. Die höheren Preise könnten auf eine höhere Nachfrage zurückzuführen sein. Auch Clarins sieht im Informationsaustausch nicht den einzigen plausiblen Grund für das ansteigen der Bruttopreise, weshalb auch keine Wettbewerbsbeschränkung vorliege.

569. Die Parteien übergehen mit ihrer Argumentation den Umstand, dass das Sekretariat ein "*Counterfactual*" bzw. einen hypothetischen Vergleichsmarkt herbeigezogen hat. Wie in Rz 525 dargelegt wurde, kann im vorliegenden Fall mangels der erforderlichen Daten keine mikroökonomische Kausalstudie durchgeführt werden. Stattdessen zieht das Sekretariat zum Vergleich der Preisentwicklung den LIK als Counterfactual heran. Das Sekretariat zieht genau genommen drei Vergleichsszenarien herbei: Erstens den LIK total, zweitens den LIK Körperpflege und drittens den LIK Toilettenartikel (vgl. Rz 531 ff.). Dabei ist zu beachten, dass der LIK Total den breitesten Warenkorb umfasst, der Warenkorb des LIK Körperpflege näher an den relevanten Märkten liegt und schliesslich der LIK Toilettenartikel den nächst verfügbaren Vergleich der Preisentwicklungen mit den vorliegenden Märkten erlaubt.

570. Soweit sich die Parteien auf die Kausalität der einzelnen Tatbeiträge beziehen, sei auf die oben gemachten Ausführungen zur Teilnehmerschaft verwiesen (Rz 251 ff.). Mit Bezug auf den Zusammenhang zwischen dem Informationsaustausch als ganzem und der beobachteten Auswirkung, gilt das folgende:

571. Das Sekretariat stellte aufgrund eines Vergleiches mit dem LIK Total in einem ersten Schritt dar, dass die Preise der Luxus- bzw. Prestige-Kosmetikprodukte im Vergleich zum gesamten LIK wesentlich höher angestiegen sind. Konkret wurde der LIK mit der durchschnittlichen prozentualen Preisanstieg der Bestseller-Produkte verglichen. Dieser Befund wurde in einem zweiten Schritt durch den Vergleich der Preisentwicklungen derselben Produktgruppe mit dem LIK Körperpflege überprüft. Dabei zeigte sich, dass die Preise der untersuchten Produkte im Vergleich zum LIK Körperpflege prozentual noch wesentlich höher angestiegen sind. Schliesslich überprüfte das Sekretariat auch diesen Befund, indem es in einem dritten Schritt die festgestellten Preisentwicklungen mit dem LIK Toilettenartikel verglich. Aus diesem Vergleich wurde ersichtlich, dass die Preise der beobachteten Produkte prozentual weitaus höher angestiegen sind als die Vergleichsprodukte.

572. Vor dem Hintergrund, dass auch der schweizerische Gesetzgeber davon ausgeht, dass fehlender Wettbewerb zu überhöhten Preisen führt,⁵²¹ liegt der Schluss auf der Hand, dass die Unterschiede in den Preisentwicklungen auf mangelnden Wettbewerb zurückzuführen sein könnten. Das Sekretariat begnügte sich für den Beweis der Wettbewerbsbeschränkung aber nicht mit dieser objektiv festzustellenden Marktentwicklungen.

573. Es zeigte sich auch, dass die Preise nie sanken. Dies im Gegensatz zu den Preisentwicklungen des LIK Toilettenartikel. Beim LIK Toilettenartikel sanken die Preise im Durchschnitt. Stellt man diese Entwicklung vor den Hintergrund des Austausches sensibler Marktdaten, den Umstand, dass eine hohe Korrelation zwischen den ausgetauschten Listenpreisen (Bruttopreisen) und den Endverkaufspreisen besteht sowie den Marktanteilsentwicklungen, kann ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass die Preisentwicklungen auf den Informationsaustausch zurückzuführen sind, bzw. dass ein Kausalzusammenhang besteht. Dieses Resultat wird zusätzlich durch die nachfolgenden Überlegungen gestützt.

574. Deurocos erklärt die Preise könnten aufgrund von steigenden Rohstoffpreisen angestiegen sein. Deurocos spezifiziert dabei weder auf welche Rohstoffe sie sich bezieht, noch in welchem Umfang die Preise angestiegen sein sollen. Unabhängig davon ist dazu festzuhalten, dass allfällige gestiegene Rohstoffpreise sich auch in den verschiedenen LIK abbilden. Vor allem beim LIK Toilettenartikel würde sich eine Erhöhung der Rohstoffpreise klar manifestieren, da er auf einem Warenkorb basiert, der zahlreiche Kosmetikprodukte umfasst, die dieselben Inhaltsstoffe enthalten. Die Rohstoffpreise sind somit in den LIK bereits abgebildet. Deurocos Vorbringen ist folglich verfehlt.

⁵²¹ Vgl. Botschaft vom 23.11.1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Botschaft 1994), BBl 1995 I 468 ff., 472, 485, 500, 507, 567.

575. Gleichzeitig behaupten Deurocos und Estée Lauder, das Sekretariat habe nicht untersucht, ob der Preisanstieg auf eine steigende Nachfrage zurückzuführen sei. Auch das ist unzutreffend. Das Sekretariat hat ausgehend von Studien von European Forecast, Puig und Sisley (vgl. Rz 694) darauf geschlossen, dass der Kosmetikmarkt insgesamt kaum oder nur schwach wächst. Es hat diese Einschätzungen durch die Betrachtung der Umsatzentwicklungen plausibilisiert (Rz 695). Um die beobachteten Preiserhöhungen auf eine steigende Nachfrage zurückzuführen zu können, müsste in der untersuchten Periode aber ein starker Nachfraganstieg bzw. eine starke Mengenausdehnung nachgewiesen werden können. Eine solcher Anstieg bzw. eine solche Ausdehnung kann aufgrund der vorliegenden Daten ausgeschlossen werden.

576. Auch die Betrachtung des Kausalzusammenhangs nach strafrechtlichen Standards, wie dies teilweise von den Parteien implizit gefordert wird, führt zum selben Ergebnis. Im Strafrecht wird der Kausalzusammenhang zwischen der Tathandlung und dem Erfolg anhand des sogenannten natürlichen und adäquaten Kausalzusammenhangs geprüft.

577. Ein (pflichtwidriges) Verhalten ist im natürlichen Sinne kausal, wenn es nicht weggedacht werden kann, ohne dass auch der eingetretene Erfolg entfiel. Dieses Verhalten braucht nicht alleinige oder unmittelbare Ursache des Erfolgs zu sein. Mit dieser Bedingungsformel (*conditio sine qua non*) wird ein hypothetischer Kausalzusammenhang untersucht und dabei geprüft, was beim Weglassen bestimmter Tatsachen geschehen wäre. Ein solchermaßen vermuteter natürlicher Kausalverlauf lässt sich nicht mit Gewissheit beweisen, weshalb es genügt, wenn das Verhalten des Täters mindestens mit einem hohen Grad der Wahrscheinlichkeit oder mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit die Ursache des Erfolgs bildete.⁵²²

578. Gemäss der Adäquanztheorie muss die natürliche Ursache geeignet sein, nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und den Erfahrungen des Lebens einen Erfolg wie den eingetretenen herbeizuführen oder mindestens zu begünstigen.⁵²³ Entgegengesetzt ausgedrückt fehlt es an einem adäquaten Kausalzusammenhang, wenn der Erfolg der Tat soweit ausserhalb der normalen Lebenserfahrung liegt, dass sie nicht zu erwarten war.⁵²⁴ Das heisst, es müssen ganz aussergewöhnliche Umstände hinzutreten, mit denen schlechthin nicht gerechnet werden musste, und die derart schwer wiegen, dass sie als wahrscheinlichste und unmittelbarste Ursache, alle anderen mit verursachenden Faktoren – namentlich das Verhalten des Angeschuldigten – in den Hintergrund drängen.⁵²⁵

579. Wie bereits dargelegt (Rz 564), kann der Informationsaustausch nicht weggedacht werden, um die festgestellten Preisentwicklungen zu erklären. Dies wurde anhand des Vergleichs mit den verschiedenen LIKs gezeigt. Alternative Erklärungsmodelle (Steigen der Rohstoffpreise oder der Nachfrage) überzeugen nicht. Der Informationsaustausch setzte also ohne weiteres die *conditio sine qua non* des festgestellten Marktresultates im Sinne der Bundesrechtsprechung. Die einschlägige ökonomische Literatur geht davon aus, dass der Aus-

tausch von individualisierten Preis- und Mengenangaben eine wettbewerbsschädigende Auswirkung hat. Je detaillierter und aktueller die Daten sind, desto grösser ist die vermutete Schädlichkeit.⁵²⁶ Es kann folglich auch davon ausgegangen werden, dass der Informationsaustausch nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung den Wettbewerb einschränkte.

580. Deurocos verlangt schliesslich vom Sekretariat den Nachweis, dass es keine staatliche Regulierungen gibt, die einen Einfluss auf die Preisentwicklung gehabt hätte. Die Partei spezifiziert ihre Behauptung nicht. Aus der Sicht der WEKO ist keine solche staatliche Regelung ersichtlich.

- LIK

581. Gemäss Chanel und Coty setzt sich der LIK aus einem Warenkorb zusammen, der Güter beinhalte, welcher ein durchschnittlicher Haushalt konsumiere. Entsprechend bilde er den Luxus nicht ab. Die Luxusgüterpreise seien in den letzten Jahren schneller angestiegen. In ähnlicher Weise bringen L'Oréal/YSL vor, der LIK enthalte Massmarket-Produkte. Die Preise von Massmarket-Produkten seien gesunken, was den Unterschied zwischen Luxus- und Massmarket erhöhe.

582. Coty verweist auf Zeitschriftenausschnitte in der Bilanz, einen Artikel der Börse am Sonntag und einem Artikel des Forbes Magazine, um zu beweisen, dass die Preise der Luxusgüter in den letzten Jahren stärker angestiegen sind, als diejenigen der Massengüter. Als Vergleich legt Coty auch die Preisentwicklung von Wein dar. Das Sekretariat vergleiche "Äpfel mit Birnen", indem es den LIK für Massenprodukte mit den Luxusprodukten vergleiche.

583. Chanel versteht nicht, warum das Sekretariat drei Märkte unterscheide, aber immer den gleichen LIK zum Vergleich herbeiziehe. Der LIK sei ein Durchschnittswert, die Preisentwicklungen wichen per Definitionem von diesem Durchschnittswert ab. Auch L'Oréal/YSL geben zu bedenken, der LIK sei ein Mittelwert, der sich aus dem Durchschnitt der Preise des Warenkorbes zusammensetze. Dass eine Gruppe von Produkten diesen Mittelwert überschreite, sei Folge der Definition des Durchschnitts. Wenn ein Preis darüber liege, bedeute das nicht, dass er kollusiv sei.

⁵²² BGE 125 IV 195, 197 E. 2.a; BGE 116 IV 306 E. 2a.

⁵²³ BGE 130 IV 7, 10 E. 3.2.

⁵²⁴ BGE 98 IV 168, 173 E. 3.

⁵²⁵ BGE 130 IV 7, 10 E. 3.2.; vgl. GUIDO JENNY, in: Basler Kommentar, Strafrecht I, Niggli/Wipprächtiger (Hrsg.), 2007, Art. 12 N 74.

⁵²⁶ MOTTA (Fn 278), 152; KÜHN (Fn 277), 196.

584. Gemäss L'Oréal/YSL ist es einer Marktwirtschaft inhärent, dass die Preise der meistnachgefragten Produkte am höchsten anstiegen. Die Auswertung von dreissig Produkten sei zu wenig, um eine Aussage machen zu können. Das Sekretariat müsse den hypothetischen Wettbewerbspreis aufzeigen und inwiefern L'Oréal/YSL über diesen Preisen lägen. Bulgari kritisiert in ähnlicher Weise, die Preise spielten im Luxusmarkt eine sekundäre Rolle. Das Sekretariat lege nicht dar, warum die Preise in einem Luxusmarkt sich parallel zum LIK hätten entwickeln sollen, oder warum die Preise hätten fallen sollen. Daher sei auch die Schlussfolgerung des Sekretariats nicht nachvollziehbar.

585. Chanel sagt weiter, der Preisanstieg von Estée Lauder liege 0.38 % (relativ 37 %) unter dem LIK während die Preise von L'Oréal um 2.74 % (relativ 449 %) stärker angestiegen seien als jene von Estée Lauder. Es liege somit keine Kollusion vor.

586. Vorab ist klarzustellen, dass Luxus- bzw. Prestigekosmetikprodukte nicht ohne weiteres mit übrigen Luxusgütern verglichen werden können. Luxuskosmetik im vorliegenden Fall ist als Gegensatz zur Massmarktkosmetik zu verstehen (vgl. B.4.4.1). Folgt man den Parteieingaben, wären Luxus- bzw. Prestigekosmetikprodukte mit Gütern wie Helikoptern, Flugzeugen, Luxusautomobilen, Booten, Gebühren für Privatschulen (Forbes), Wohnungen von 400 Quadratmetern in der Genfer Altstadt (Stonehage) und dergleichen vergleichbar (vgl. dazu sogleich unten). Abgesehen davon, dass diese Güter in keinem Zusammenhang mit Kosmetikprodukten stehen, übergehen die Parteien den Umstand, dass diese extrem teuren Güter nur von einem sehr beschränkten Bevölkerungsteil überhaupt erstanden werden können. Anders verhält es sich mit der Luxuskosmetik. Ein grosser Teil dieser Produkte können und werden ohne Zweifel auch von Haushalten mit durchschnittlichen Einkommen eingekauft werden. Genau dieser Umstand erlaubt auch einen Vergleich des LIK mit den Luxus- bzw. Prestigekosmetikprodukten. Darüber hinaus sind die hier erwähnten Luxus- bzw. Prestigeprodukte gemäss Auskunft des Bundesamtes für Statistik im LIK beinhaltet.

587. Desweiteren ist darauf hinzuweisen, dass das Sekretariat, wie beschrieben, den LIK Total, den LIK Körperpflege und den LIK Toilettenartikel mit dem durchschnittlichen prozentualen Preisanstieg der Luxus- bzw. Prestigekosmetikprodukten verglichen hat. Das heisst, es wurden Durchschnitte mit Durchschnitten verglichen. Daran ist, entgegen den Vorbringen von Chanel und L'Oréal/YSL, methodisch nichts auszusetzen. Zudem übersehen die Parteien, dass das Sekretariat, um die Angaben nicht zu verfälschen, nicht absolute Zahlen miteinander verglich, sondern die prozentualen Preissteigerungen. Das bedeutet, wenn ein Luxus-Kosmetikprodukt von 100 CHF auf 110 CHF angestiegen ist und ein Massmarketprodukt von 10 auf 11 CHF, ist in beiden Fällen in den Darstellungen eine 10 %-Steigerung angezeigt, obwohl die Preiserhöhung des Luxusproduktes in absoluten Zahlen 10 Mal höher war. Das heisst, ein preislich stärkeres Ansteigen der Luxus- bzw. Prestigekosmetikprodukten in absoluten Zahlen wird in der Darstellung ausgeglichen.

588. Ferner ist sämtlichen herangezogenen LIK gemein, dass sie Kosmetikprodukte enthalten. Der aus Sicht der Warenauswahl am nächsten liegende LIK Toilettenartikel besteht konkret aus den folgenden Produkten: Seifen und Badezusätze, Haarpflegemittel, Zahnpflegemittel, Haut- und Schönheitspflegemittel und Papierwaren für Körperpflege. Die Produktauswahl deckt sich also weitgehend mit den hier beschriebenen Märkten. Der LIK ist daher ohne weiteres mit den untersuchten Preisentwicklungen vergleichbar.

589. Die Parteien versuchen die Vergleichbarkeit der herangezogenen LIK mit den berechneten prozentualen Preissteigerungen in Frage zu stellen. Sie tun dies, indem sie darauf hinweisen, die Preise für Luxusgüter seien stärker angestiegen als die übrigen Güter, was die Luxusgüterindizes zeigten.

590. Diese Argumentationsweise schlägt aus verschiedenen Gründen fehl. Zuerst sind die hier genannten Luxus- bzw. Prestigekosmetikprodukte, wie erwähnt, gemäss Angaben des Bundesamtes für Statistik in den herangezogenen LIKs beinhaltet (vgl. Rz 526). Insofern kommt der Vergleich den Parteien erwartungsgemäss zu Gute. Sie trieben nämlich mit ihren Produktpreisen die durchschnittlichen Preiserhöhungen der herangezogenen LIKs wohl tendenziell in die Höhe. Ferner beinhalten die sogenannten Luxusgüterindizes Waren und Dienstleistungen, die in keinem Zusammenhang stehen mit den vorliegenden Produkten. So zitierte Coty zur Untermauerung ihrer Argumente einen Bilanzartikel, der über den Schweizer Lebenshaltungskostenindex der "Superreichen", dem "*Stonehage Affluent Luxury Living Index (Salli)*" berichtet. Dieser Index zeigt gemäss Artikel, dass die Preise für die ausgewählten Waren zum Teil heftig gestiegen seien. Laut dem Unternehmen Stonehage,⁵²⁷ das den Index berechnet, setzt er sich aus fünf verschiedenen Hauptkategorien zusammen: 1. *Consumables*, 2. *Investment of Passion*, 3. *Culture, entertainment and recreation*, 4. *Housing and family* und 5. *Travel*. Jede dieser Hauptkategorien ist in weitere Unterkategorien aufgeteilt und diese wiederum in Einzelposten. Auf diese Weise kann genau ersehen werden, welche Produkte bzw. Dienstleistungen im Index enthalten sind. So ist z.B. die Unterkategorie "Cars", in die beiden Einzelposten "*Porsche Cayenne (Turbo Model)*" und "*Aston Martin (V8 Vantage)*" unterteilt. Der Index enthält nebst Uhren wie "*Rolex Cosmograph Daytona*" in Weissgold, Wohnungsmieten in Küsnacht, am Zürichberg oder in der Genfer Altstadt, bei jeweils 400 Quadratmetern, oder auch Menus in verschiedenen Edelrestaurants. Von den insgesamt 53 Einzelposten beschlägt ein einziger ein einzelnes Kosmetikprodukt und zwar das Parfum "*Clive Christian "X" Perfume*" für Frauen à 30 ml.

⁵²⁷ SALLI/Stonehage affluent luxury living index, Switzerland 2008, abrufbar unter: http://www.stonehage.com/assets/articles/salli_switzerland_2008.pdf.

591. Daraus wird erstens deutlich, dass der Index ungeeignet ist, die Entwicklung der Luxus- bzw. Prestigekosmetikprodukte nachzuzeichnen. Zweitens hält der Bilanzartikel fest, dass der Preis des einzigen Kosmetikprodukts im Warenkorb um 15 % gesunken sei.⁵²⁸ Setzte man die im Index enthaltenen Luxusgüter mit den hier behandelten Kosmetikprodukten gleich, zeigt der Artikel, dass die Preissteigerung nicht für alle Luxusgüter zutreffen, sondern gewisse Produktpreise gesunken sind (nebst dem Preis für das Parfum wurden auch Menüs in Edelrestaurants und Zigarren billiger). Verallgemeinerte man die Resultate für das Luxuskosmetikprodukt zusätzlich, müssten die Durchschnittspreise der Luxus- bzw. Prestigekosmetikprodukte gesunken sein. Das war bei den hier untersuchten Produkten, wie dargelegt, nicht der Fall.

592. Der Vergleich mit dem Cost of Living Extremely Well Index (CLEWI) des Forbes Magazines geht aus den gleichen Gründen fehl. Der Index besteht aus 43 Gütern und Dienstleistungen, wie beispielsweise Mäntel im Wert von 200'000 \$, Flugzeuge, Motorjachten, zwei Semester Studiengebühren in Harvard etc. Diese Güter und Dienstleistungen stehen in keinem Zusammenhang mit den vorliegenden Märkten und sind extrem teuer und schon daher nicht vergleichbar mit den vorliegenden Gütern. Zudem enthält der Index lediglich ein Kosmetikprodukt. Namentlich das Parfum von Jean Patou. Auch der CLEWI ist folglich kein tauglicher Vergleichsindex.

593. Coty verweist zudem auf einen Artikel aus der Börse am Sonntag. Darin wird über den Aktienwert des Julius Bär Luxury Brands Fund berichtet. Der Vergleich ist in mehrfacher Hinsicht verfehlt. Erstens ist die Kursentwicklung eines Funds, der sich aus Beteiligungspapieren von Unternehmen zusammensetzt, ungeeignet für den Vergleich mit den Preisentwicklungen einzelner Produkte dieser Unternehmen. Der Aktienpreis eines Unternehmens ist ein Erfolgs- nicht jedoch ein Preisindikator. Häufig ist es sogar so, dass die Preise mit steigendem Unternehmenserfolg sinken, wie dies das Beispiel von i-Phones zu illustrieren vermag. Zweitens enthält der Julius Baer Luxury Brands Fund lediglich Anteile im Umfang von 6.30 % an der Körperpflegebranche.⁵²⁹ Im Gegensatz dazu zog das Sekretariat den LIK-Körperpflege und LIK-Toilettenartikel heran, welche, wie bereits der Name sagt, vergleichbare Produkte enthalten. Drittens wurde der Fund am 31. Januar 2008 aufgelegt und kann auch daher nicht als Vergleich für die Periode 2004-2008 dienen. Der Wert des Funds fiel im Übrigen zwischen 31. Januar 2008 bis 2009 um 45 %. Aus der Argumentationsperspektive der Partei, würde dies folglich bedeuten, dass die Preise für Luxusgüter nicht einfach generell angestiegen, sondern zumindest zwischen 2008 und 2009 sogar gesunken sind.

594. Auch die Partei-Vergleiche mit qualitativ hochstehenden Weinen sind verfehlt, zumal eine Flasche Wein eines bestimmten Jahrganges der Inbegriff eines knappen Gutes ist, bei dem mit wachsendem Alter der Preis steigt. Dieser Preismechanismus ist bei Kosmetikprodukten nicht zu beobachten. Da Kosmetikprodukte über ein Verfallsdatum verfügen, nimmt der Preis mit zunehmendem Alter mit Sicherheit nicht zu. Es kann ausgeschlossen werden, dass ein durchschnittlicher Konsument eine abgelaufene Feuchtigkeitscreme oder ein

fünfzehnjähriges Parfums erstehen würde. Der Preis dürfte also mit zunehmendem Alter tendenziell abnehmen. Abgesehen davon sind die hier betrachteten Güter nicht knapp. Zudem legt Coty nicht dar, welche Eigenschaften Wein und Kosmetikprodukte verbinden, so dass eine Vergleichbarkeit gegeben wäre. Eine solche Verbindung ist nicht ersichtlich. Auch die allenfalls gemeinsame Etikette "Luxus" oder "Prestige" vermag keine genügende Vergleichbarkeit herzustellen.

595. Schliesslich widerspricht sich Coty mit ihrer Argumentationsweise selbst. Einerseits pocht die Partei darauf, es gebe keinen Unterschied zwischen dem Luxus- und Massmarket, es sei ein einheitlicher Markt. Andererseits behauptet sie, die Luxuskosmetikprodukte seien im Preis stärker gestiegen als die Massmarket-Produkte. Genau dies wäre ein zusätzliches Argument dafür, dass es sich um zwei Märkte handelt.

596. L'Oréal/YSL bringen zu Unrecht vor, es sei normal, dass in einer Marktwirtschaft bei Nachfrageanstieg die Preise anstiegen. Dies würde bei konstantem Angebot eine Mengenausdehnung bedingen, wovon, wie dargelegt (Rz 575), vorliegend nicht ausgegangen werden kann.

597. L'Oréal/YSL übersehen, dass die Wettbewerbsbehörden nicht verpflichtet sind, einen allfälligen Wettbewerbspreis darzulegen, sondern den Umstand, dass die beobachteten Preise nicht auf funktionierendem Wettbewerb basieren. Dass dies nicht der Fall ist, ergibt sich aus den Gesamtumständen. Einmal bestand ein Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern über markt-sensible Daten, der u.a. zu den beobachteten Preisen führte. Zweitens berechnete das Sekretariat die Korrelation der beobachteten Bruttopreiserhöhungen mit den Nettopreisen. Diese Korrelation wurde im Übrigen nicht nur für dreissig Produkte aufgezeigt, sondern für sämtliche Luxuskosmetik-Produkte im Sortiment von Douglas, Import, Manor und Marionnaud (Rz 521 ff.). Daraus ist ersichtlich, dass Preissteigerungen nicht nur bei den Bestseller-Produkten weitergegeben wurden, sondern eben beim gesamten Sortiment. Drittens stellte das Sekretariat die Preise der umsatzstärksten Produkte in Beziehung zu den genannten LIK, um diese viertens mit den Marktanteilsentwicklungen in Beziehung zu setzen. Aus der Gesamtschau dieser Elemente folgert die WEKO, dass das beobachtete Marktergebnis nicht auf funktionierendem Wettbewerb basiert. Sie schliesst nicht isoliert aufgrund des Vergleiches der LIK mit den beobachteten Preisentwicklungen auf Kollusion. Schliesslich ist Bulgari's Argument, die Preise spielten eine sekundäre Rolle, unzutreffend (vgl. dazu Rz 635 ff.).

598. Bezüglich Chanel's Vorbringen, der Vergleich der verschiedenen Märkte mit demselben Index sei unverständlich, genügt der Hinweis, dass die Produktzusammenstellungen, auf denen die Indizes und die berechneten Preisdurchschnitte basieren, am nächsten beieinander liegen und somit vergleichbar sind. Die Alternative bestünde darin, entferntere Produktkategorien herbeizuziehen, was offensichtlich zu weniger aussagekräftigen Resultaten führen würde.

⁵²⁸ <http://www.bilanz.ch/people/teuerungsindex-teurer-reichtum>.

⁵²⁹ http://www.finanzen.net/fonds/Julius_Baer_Luxury_Brands_Fund_CHF_A.

599. Chanel's sinngemässe Aussage, die Preissteigerung von Estée Lauder sei teilweise weniger hoch ausgefallen als die Preissteigerung gemäss LIK, vermag die dargelegten Resultate nicht in Frage zu stellen. Vorliegend wurden die Preissteigerungen über die gesamte Periode 2004-2008 beobachtet. Die durchschnittliche Preissteigerung der betrachteten Produkte lag in jedem Fall höher als der LIK-Körperpflege und LIK-Toilettenartikel.

- *Brutto-Nettopreise*

600. Estée Lauder argumentiert, das Sekretariat habe nicht gezeigt, dass die Bruttopreislisten, eine richtige und verlässliche Indikation für die effektiv ausgehandelten Preise darstellten. Gemäss ihrem Gutachten seien sie es nicht. Das Sekretariat hätte die Bruttopreislisten mit den effektiv mit den Retailern ausgehandelten Preisen vergleichen müssen anstelle von Nettokonsumentenpreisen. Es müsse beweisen, dass höhere Bruttopreise zu höheren mit den Retailern ausgehandelten Preisen führe und dies wiederum zu höheren Nettopreisen.

601. Coty rückt zusätzlich die Rabattgewährungen in den Vordergrund, welche für die Konkurrenten nicht einsehbar gewesen seien. Sie seien der zentrale Wettbewerbsparameter. Die Bruttopreise seien massiv unterschritten worden und variierten je nach Handelspartner.

602. Die Vorbringen von Estée Lauder geht in mehrfacher Hinsicht fehl. Das Sekretariat hat mit seiner Korrelationsanalyse die Auswirkungen der Bruttopreiserhöhungen auf die Nettopreise dargelegt. Mit anderen Worten hat das Sekretariat aufgezeigt, dass eine Bruttopreiserhöhung unabhängig von der Produktkategorie und dem Einzelprodukt jeweils zu einer Verteuerung der Nettopreise führte (vgl. Rz 522 f.). Welche genauen Rabatte der Hersteller/Distributor dem Retailer auf der Zwischenstufe gewährt, spielt dabei keine Rolle. Das Resultat bleibt unverändert. Die Analyse ist methodisch einwandfrei, beschlägt sämtliche Produkte und Produktkategorien von Douglas, Import, Manor und Marionnaud.

603. Im Gegensatz dazu versucht das Gutachten von Estée Lauder diese Korrelation zu widerlegen, indem es *einzelne* Produkte auswählt. So zieht es für den Bereich der Parfums lediglich das Produkt "*Pleasures 50ml EDT*" heran, im Bereich der Mascara "*Magnascopic*" und im Bereich der Pflege "*Renutriv Lightweight Cream*". Der Gegenbeweis misslingt alleine aufgrund dieser Einschränkung. Ein weiterer fundamentaler Mangel der Vorgehensweise von Estée Lauder liegt darüber hinaus in der Auswahl der Retailer, auf dessen Daten sie sich stützt. Nebst [...] und [...] zieht das Gutachten [...], die [...] und die [...] heran. Lediglich bei [...], [...] und [...] treten auffällige Preisschwankungen auf. Letztere drei Marktteilnehmer vereinigen gemeinsam kaum 1% Marktanteile auf sich. Soweit bei ihnen also Preisschwankungen auftreten, vermag dies nicht darzutun, dass dies für den ganzen Markt zutrifft. Mangels Repräsentativität vermag somit auch mit dieser Analyse kein Gegenbeweis erbracht zu werden.

604. Schliesslich zeigen die Sell-in-Preisentwicklungen der grossen Marktteilnehmer zwischen 2004 und 2008 keine bedeutenden Schwankungen. Es lassen sich drei

Ausnahmen feststellen. Die Preise von [...] fielen für das Parfum "*Pleasures 50ml EDT*" und das Pflegeprodukt "*Renutriv Lightweight Cream*" von 100% auf ca. [...] % zwischen den Jahren 2005 und 2006. Danach verlief die Preisentwicklung stabil. Das Make-up-Produkt "*Magnascopic*" verminderte sich gegenüber [...] von 100% im Jahr 2006 auf ca. [...] % im Jahr 2007. Insgesamt zeigt Estée Lauder weder eine Preisabnahme auf dem ganzen Markt, noch für sämtliche Produkte und vermag auch aus dieser Perspektive den Gegenbeweis zu der festgestellten Korrelation nicht zu erbringen.

605. Das von Coty eingereichte Gutachten, das die durchschnittliche Rabatthöhe zwischen Juli 2004 bis Juni 2010 pro Retailer aufzeigt, belegt, dass Coty je nach Retailer unterschiedliche Rabatte gewährt. Dies ändert nichts am Umstand, dass eine Bruttopreiserhöhung generell zu einer Erhöhung der Endverkaufspreise führte. Die Rabatte sind in dieser Erhöhung beinhaltet. Dadurch wird das Vorbringen, die Rabatte seien der Wettbewerbsparameter schlechthin, bedeutungslos. Ferner widerspricht das Gutachten von Puig zum Parfümmarkt, auf dem Coty hauptsächlich tätig ist, Coty's Vorbringen. Im Gutachten heisst es wörtlich:

"Conditions with retailers are negotiated annually and independent of the brands or products sold. They include cooperation terms between perfume manufacturers and retailers rather than rebates. The main negotiation criteria with retailers usually concerns commitments to certain marketing investments by the brand, which will ultimately also benefit the retail sales. Rebates are not necessarily the main negotiation criteria."⁵³⁰

606. Estée Lauder und auch Coty übergehen ferner die Tatsache, dass die Hersteller/Distributoren nicht nur den Bruttopreis und den Endverkaufspreis der Konkurrenzprodukte kannten. Basierend darauf konnten sie also den Multiplikator berechnen, mit denen die Produkte der Konkurrenten zu multiplizieren waren, um auf den Endverkaufspreis zu gelangen (vgl. dazu bereits oben Rz 107 ff.). Vielmehr kannten Estée Lauder und Coty auch die Marge der verschiedenen Retailer, die diese mit ihren Produkten erzielten. Da die Marge des Retailers unabhängig von den verschiedenen Handelspartnern in etwa die gleiche bleibt, konnten die Parteien auch auf die ausgehandelten Rabatte der Konkurrenten schliessen. Die Berechnungen konnte selbstredend für jeden Retailer getrennt durchgeführt werden.

607. Schliesslich lassen Estée Lauder und Coty ausser Acht, dass die Wettbewerbsbehörden die Auswirkung der Wettbewerbsbeschränkung nicht für alle Marktstufen gesondert aufzeigen müssen. Es genügt, wenn die Wettbewerbsverfälschung sich im dargelegten erheblichen Ausmass auf die Endverkaufspreise auswirkt.

⁵³⁰ Act. 426, Beilage 2, 21.

608. Richemont, PC Parfums und Dior bringen vor, der Einfluss der Bruttopreiserhöhungen auf die Endverkaufspreise sei nicht belegt. Dem widerspricht Chanel, indem die Partei vorbringt, der Einfluss der Bruttopreiserhöhungen auf die Nettopreiserhöhungen sei offensichtlich. Allerdings meint Chanel der Einfluss sei irrelevant. Dior, PC Parfums kritisieren es seien nur die umsatzstärksten Marken der umsatzstärksten Wettbewerber untersucht worden. Sie sehen dies zusammengefasst nicht als genügenden Beweis, für den Einfluss der Bruttopreiserhöhungen auf die Nettopreise an.

609. Richemont, PC Parfums und Dior übersehen mit ihrem Vorbringen den Umstand, dass das Sekretariat die Korrelationskoeffizienten für sämtliche Luxuskosmetik-Produkte im Sortiment von Douglas, Import, Manor und Marionnaud (Rz 521 ff.) berechnet hat. Die Resultate waren eindeutig, im Bereich der Parfums wirken sich 90-97 % der Bruttopreisänderungen auf die Verkaufspreise aus, im Bereiche der Make-up-Produkte 93-98 % und schliesslich im Bereich der Pflege 94-100 %. Der Einfluss wurde also auf sämtliche Produkte dargelegt und nicht bloss auf einen bestimmten Produktkreis. Entgegen den Vorbringen von Chanel ist dieser Bezug wichtig, da die Parteien die Bruttopreislisten austauschten. Eine Anpassung der Bruttopreise wirkte sich direkt auf den Endverkaufspreis aus und war geeignet, den Wettbewerb zu beschränken.

610. Anhand der umsatzstärksten Marken und Produkte, wurde die Preisentwicklung eines wesentlichen Anteils des Marktes aufgezeigt. Damit legte das Sekretariat entgegen den Vorbringen von PC eine Wettbewerbsbeschränkung dar. Es brauchen dabei nicht sämtliche auf dem Markt existenten Produkte auf ihre Preisentwicklung untersucht zu werden. Ob die Wettbewerbsbeschränkung erheblich ist, beurteilt sich zudem nach der Praxis der WEKO nicht einseitig aufgrund von quantitativen Kriterien, wie dies die Partei suggeriert, sondern erfordert eine Gesamtbetrachtung der quantitativen und qualitativen Kriterien (vgl. B.4.4.5; B.4.4.6).

611. Schliesslich kritisiert La Prairie/Juvena die Preisindizes basierten auf Bruttopreisen, statt auf Nettopreisen. Puig meint die tatsächlich vereinbarten Detailhandelspreise und -volumen hätten herbeigezogen werden sollen.

612. Auch hierbei übersehen die Parteien, dass genau zu diesem Zweck eine Analyse der Korrelation der Bruttopreise mit den Nettopreisen erfolgte. Womit auch dargelegt ist, dass die Bruttopreisentwicklung gerade den Nettopreisentwicklungen entspricht.

- *Verwendete Daten*

613. Wodma beanstandet, das Sekretariat verwende Daten, die ausserhalb der Untersuchungsperiode lägen. Auch Puig bringt vor, die Analyse beziehe sich auf einen Zeitabschnitt, in dem der Informationsaustausch nicht mehr praktiziert worden sei. La Prairie/Juvena kritisieren, es seien nur die Mengen des Jahres 2010 herangezogen worden.

614. Die Parteien missverstehen die Berechnungsweise des Laspeyres-Index (vgl. dazu Anhang V). Aufgrund der Mengenangaben aus dem Jahre 2010 wird die

Preisentwicklung des gleichen Warenkorbes über die verschiedenen Jahre nachgezeichnet. Dadurch, dass die Mengen und der Warenkorb während der betrachteten Periode die gleichen bleiben, ergibt sich eine objektive Betrachtung der Preisentwicklung. Die Betrachtung würde verfälscht, wenn die Mengen und der Warenkorb von Jahr zu Jahr variieren würden. Abgesehen davon, dass die Berechnung des Laspeyres-Index den anerkannten Methoden der Statistik entspricht, wird die gleiche Formel vom Bundesamt für Statistik zur Berechnung des LIK verwendet.

615. Puig bringt weiter zu Unrecht vor, die Analyse der Preisentwicklungen zeige, dass keine Kollusion bestand. Die Preise hätten sich in unterschiedlicher Höhe zu unterschiedlichen Zeitpunkten verändert.

616. Um Kollusion, sprich ein nicht auf funktionierendem Wettbewerb bestehendes Marktergebnis, darzulegen, müssen die Wettbewerbsbehörden nicht notwendigerweise eine bestimmte Art von Abrede nachweisen. Wären sämtliche Preise in gleicher Höhe und zum exakt gleichen Zeitpunkt angehoben worden, läge wohl eine Preisabrede vor. Davon geht die WEKO aber vorliegend gerade nicht aus. Vielmehr geht sie davon aus, dass die Preisentwicklungen aufgrund des Informationsaustausches wie vorliegend ausgefallen sind. Indem sie ein Counterfactual herbeigezogen hat, um aufzuzeigen, wie die Preisentwicklung bei funktionierendem Wettbewerb ausfallen hätten können, hat sie dies auch dargetan.

617. Puig glaubt schliesslich, es sei nicht glaubwürdig, dass die durchschnittliche Inflationsrate zwischen 2004-2008 bei 0.92 % gelegen habe. In der gleichen Zeit habe die *Compound Annual Growth Rate* bei 0.82 % gelegen. Der Schweizer Parfümmarkt realisiere also nicht einmal die Inflationsrate.

618. Es steht jeder Partei frei, die Glaubwürdigkeit des Bundesamtes für Statistik in Frage zu stellen. Hingegen besteht für die WEKO kein Anlass zu glauben, dessen Angaben zu den Inflationsraten zwischen 2004-2008 seien falsch. Puig vermag allerdings nicht darzutun, worauf sie ihre Behauptungen stützt. Der Vergleich mit dem CAGR scheitert allein schon daher, dass sich der CAGR auf Wachstumsraten (Umsatzvergrösserung) bezieht, während die Inflationsrate die Preissteigerung innerhalb einer Periode anzeigt. Inwiefern aus dem CAGR auf die Inflationsrate in der Schweiz geschlossen werden kann, ist nicht ersichtlich und wird von Puig nicht dargelegt.

619. Puig wirft dem Sekretariat zudem vor, es verfälsche das Bild, indem die Beobachtungsperiode auf die Jahre 2009-2010 ausgedehnt werde und in diesen beiden Jahren niedrige Wachstumsraten in den betreffenden Warenkörben verzeichnet waren.

620. Wie oben erklärt, konnte die Berechnung des Laspeyres-Index nur aufgrund der vorhandenen Daten berechnet werden. Die notwendigen Mengen lagen lediglich für die Jahre 2009 bzw. 2010 vor. Beachtet man die LIK für die Periode 2004-2008 ändert sich nichts am Gesamtbild: Die Wachstumsrate des LIK-Total betrug 1.35 statt 0.96, diejenige des LIK Pflege 0.56 statt 0.51 und der LIK Kosmetikartikel -0.05 statt -0.10.

- *Andere*

621. Laut Clarins beachtet das Sekretariat nicht, dass ein zu tiefer Preis dazu führt, dass ein Produkt nicht mehr zum Luxussegment gehöre und Kosmetikprodukte inelastische Güter seien. Das Sekretariat ignoriere, dass die Bruttopreise autonom von den Mutterhäusern festgelegt worden seien. Das Mutterhaus habe sich auf Marktstudien gestützt. Man habe die Sell-out-Preise der Konkurrenten verglichen. Dabei sei das Inflationsniveau in der Schweiz beachtet worden.

622. Dazu ist festzuhalten, dass das Sekretariat nicht die Preishöhe der Produkte betrachtet hat, sondern die prozentuale Preiserhöhung. Das Sekretariat schloss unter anderem auf Kollusion, weil die prozentuale Preiserhöhung sich während der beobachteten Periode massgeblich von den beobachteten LIK unterschied. Es folgte also nicht aufgrund der Preishöhe auf Kollusion. Ferner schloss das Sekretariat aus dem Umstand, dass die Preise immer nur anstiegen und nie abnahmen auf Kollusion. Wie die Parteien selbst dargelegt haben, steigen auch die Preise für ausgesprochen teure Luxusgüter nicht ausnahmslos an (vgl. Rz 591). Aus diesem Grund sind die Vorbringen von Clarins unangebracht.

623. Darüber hinaus hat die Frage, ob die Preiserhöhungen zu hoch ausgefallen sind, nichts mit dem Umstand zu tun, dass die Nachfrage nach Kosmetikprodukten allenfalls unelastisch ist. Vereinfacht ausgedrückt, bedeutet eine unelastische Nachfrage lediglich, dass wenn der Preis eines Gutes um 1 % steigt, die Nachfrage um weniger als 1 % abnimmt und somit eine Preiserhöhung für ein Unternehmen profitabel sein kann.⁵³¹ Bei einer "normalen" Nachfrage, wie sie für Kosmetikprodukte vorliegen dürfte, verändert sich die Elastizität entlang der Nachfragekurve von vollkommen elastisch (bei einer Menge von 0) zu vollkommen unelastisch (bei einem Preis von 0). Mit anderen Worten, im oberen Preisbereich ist die Nachfrage elastisch, im unteren Preisbereich unelastisch. Eine andere Frage ist es jedoch, ob ein Unternehmen in der Lage ist, die Preise auf dem Markt zu erhöhen, auch wenn dies aufgrund der Nachfrageelastizität profitabel wäre. Vorausgesetzt der Markt befindet sich (annähernd) in einem Gleichgewicht, würde dies nämlich eine Veränderung der Angebotsstruktur voraussetzen, welche zu einer Erhöhung der Marktmacht einzelner Parteien führt. Weder ein fundamentales Marktgleichgewicht noch ein marktmacht-induzierende Veränderung der Angebotsstruktur, ist vorliegend ersichtlich und wurde von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

624. Die Vorbringen bezüglich der Preisfestlegung durch das Mutterhaus sind widersprüchlich. Einerseits will das Mutterhaus anhand von Marktstudien und der Inflationsrate entscheiden, wie die Preise anzusetzen sind. Andererseits sollen die Informationen, die im Rahmen von ASCOPA seit Jahren ausgetauscht wurden, nicht an die Mutter weitergeleitet worden sein. Zudem geht daraus hervor, dass die Tochter in der Schweiz keinerlei Einfluss auf die Preissetzung im Schweizer Markt gehabt hat. Diese Vorbringen stehen im Gegensatz zum Verhalten von Clarins, das seit 1997 an jeder GV-Versammlung war (Rz 12), seit 2000 nachweislich an beinahe allen Komiteesitzungen weilte (Rz 19), Preis-

vergleichsstatistiken erstellt hat (Rz 33), Bruttopreislisten mit Wiederverkaufsempfehlungen an die Konkurrenz lieferte (Rz 39 ff.) und lückenlos sämtliche seine Umsatzdaten (Rz 120) sowie Werbeausgaben (Rz 195) an seine Konkurrenten weitergab. Es ist nicht einsehbar, weshalb Clarins dies getan haben soll, wenn es nicht selbst Einfluss auf die Preissetzung hatte, oder die Informationen an das Mutterhaus weiterleitete. Andernfalls würde der Informationsaustausch lediglich Aufwand bzw. Kosten verursachen, ohne jeglichen Nutzen zu haben. Vor dem Hintergrund des langjährigen Verhaltens von Clarins kann dies ausgeschlossen werden.

B.4.4.4 Rechtsvergleichende Betrachtung der Erheblichkeit

(i) EU

625. Gemäss Art. 101 Abs. 1 AEUV sind "*Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarkts bezwecken oder bewirken*" [...] "mit dem Binnenmarkt unvereinbar und verboten [...]". Zentral für die Beurteilung, ob eine Verhaltensweise nach Art. 101 AEUV verboten ist, sind die Tatbestandselemente des "Bezweckens" oder "Bewirkens" einer Wettbewerbsbeschränkung. Diese Elemente müssen gemäss EuGH nicht kumulativ sondern alternativ erfüllt sein.⁵³² Die konkreten Auswirkungen einer Wettbewerbsabrede brauchen daher nicht berücksichtigt zu werden, wenn sie eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarktes bezweckt.⁵³³ Für einen wettbewerbswidrigen Zweck reicht es bereits aus, dass die verpönte Verhaltensweise geeignet ist, den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarktes zu verhindern, einzuschränken oder zu verfälschen.⁵³⁴ Eine solche Eignung liegt vor, wenn ein Informationsaustausch Unsicherheiten hinsichtlich des von den betreffenden Unternehmen ins Auge gefassten Verhaltens ausräumt.⁵³⁵ Zudem folgt gemäss Gerichtshof aus Art. 101 AEUV eine Kausalitätsvermutung zwischen einer Abstimmung und dem Marktverhalten eines an ihr beteiligten Unternehmens.⁵³⁶ Diese Kausalitäts-

⁵³¹ Vorliegend ist nicht davon auszugehen, dass die Nachfrage vollkommen unelastisch ist, was bedeuten würde, dass keine Reaktion der Nachfrage auf Preisveränderungen eintritt, wie dies allenfalls z.B. für lebenswichtige Medikamente der Fall sein könnte.

⁵³² Urteil des EuGH C-8/08 *T-Mobile Netherlands*, Slg. 2009 I- 4529 Rz 28.

⁵³³ Urteil des EuGH 56/64 und 58/64 *Consten und Grun-dig/Kommission*, Slg. 1966 390 f.; Urteil des EuGH C-105/04P, Slg. 2006 I-8728 Rz 125; Urteil des EuGH C-8/08 *T-Mobile Netherlands*, Slg. 2009 I- 4529 Rz 29.

⁵³⁴ Urteil des EuGH C-8/08 *T-Mobile Netherlands*, Slg. 2009 I- 4529 Rz 43.

⁵³⁵ Urteil des EuGH C-7/95 P *John Deere*, Slg. 1998 I-3111 Rz 90; Urteil des EuGH C-194-99P *Thyssen Stahl/Kommission*, Slg. 2003 I-10821 Rz 81; Urteil des EuGH C-8/08 *T-Mobile Netherlands*, Slg. 2009 I- 4529 Rz 35, 43.

⁵³⁶ Urteil des EuGH C-199/92 P *Hüls/Kommission*, Slg. 1999 I-4386 Rz 161; Urteil des EuGH C-8/08 *T-Mobile Netherlands*, Slg. 2009 I- 4529 Rz 52.

vermutung besteht sogar dann, wenn die Abstimmung auf einem einzigen Treffen der betroffenen Unternehmen beruht.⁵³⁷

626. Kann das Bezwecken nicht dargelegt werden, ist die Auswirkung der Wettbewerbsabrede zu untersuchen. Gemäss Horizontalleitlinien werden bei der Prüfung der wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen die voraussichtlichen Wirkungen des Informationsaustausches der Wettbewerbssituation gegenübergestellt, die ohne den fraglichen Informationsaustausch bestanden hätte. Wenn wahrscheinlich ist, dass ein Informationsaustausch spürbare negative Auswirkungen auf mindestens einen Wettbewerbsparameter wie Preis, Produktionsmenge, Produktqualität oder Innovation haben wird, hat er wettbewerbsbeschränkende Wirkung.⁵³⁸ Die Kommission überprüft dabei (i) Marktmerkmale und (ii) Merkmale des Informationsaustausches als solchen. Als Marktmerkmale (i) betrachtet die Kommission vor allem die Konzentration, Transparenz, Stabilität und Komplexität eines Marktes. Gleichzeitig achtet sie darauf, dass ein Informationsaustausch diese Eigenschaften verändern kann.⁵³⁹ Im Rahmen der Merkmalprüfung (ii) betrachtet die Kommission, ob die ausgetauschten Informationen strategischer Art sind, ob die Austauschpartner einen hinreichend grossen Teil des Marktes abdecken und ob sie aggregiert oder unternehmensspezifisch sind. Ferner analysiert sie das Alter der Daten, die Häufigkeit des Informationsaustausches, die Verbreitung (öffentlich/nicht öffentliche Informationen) und den Umstand, ob der Informationsaustausch selbst öffentlich oder nicht öffentlich ist.⁵⁴⁰ Daraus ist ersichtlich, dass die Kommission sich bei der Prüfung der Auswirkung des Informationsaustausches weitgehend von qualitativen Kriterien leiten lässt.

627. Gemäss Rechtsprechung des EuGH fällt nicht jede Wettbewerbsbeschränkung unter Art. 101 AEUV. Die Auswirkung einer Wettbewerbsbeschränkung muss zumindest spürbar sein, damit der Tatbestand von Art. 101 AEUV erfüllt ist.⁵⁴¹ Gemäss der sogenannten *De-minimis*-Bekanntmachung⁵⁴² wird aufgrund von quantitativen und qualitativen Kriterien bestimmt, wann eine Auswirkung spürbar ist, wobei in der Praxis die quantitativen Kriterien im Vordergrund stehen.⁵⁴³ Die quantitativen Kriterien für horizontale Vereinbarungen umfassen Marktanteilsschwellen zwischen 5-10 % (bzw. 30 % bei kumulativen Abschottungseffekten), welche erreicht werden müssen, damit Art. 101 AEUV anwendbar ist (Ziff. 7-9 *De-minimis*-Bekanntmachung). In qualitativer Hinsicht stellt die Kommission klar, dass die genannten Marktanteilsschwellen nicht für die Kernbeschränkungen – also Preis-, Mengen- und Gebietskartelle – gelten (Ziff. 11 *De-minimis*-Bekanntmachung).

(ii) Deutschland

628. § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) verbietet "*Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken*". Bereits der Wortlaut der Norm deutet auf die inhaltlichen Parallelen zu Art. 101 AEUV hin. Diese Angleichung war denn auch beabsichtigt vom deutschen Gesetzgeber.⁵⁴⁴

Entsprechend dem Wortlaut von § 1 und gleich wie bei Art. 101 AEUV müssen die Tatbestandsmerkmale des Bezweckens oder Bewirkens lediglich alternativ erfüllt sein, damit die genannten Wettbewerbsbeschränkungen verboten sind.⁵⁴⁵

629. Damit ein tatbestandsmässiges Verhalten eine Wettbewerbsbeschränkung bewirkt, muss der gegenwärtige oder potenzielle Wettbewerb dermassen beeinträchtigt werden, dass mit hinreichender Wahrscheinlichkeit negative Auswirkungen auf Preise, Produktionsmengen, Innovation oder Vielfalt bzw. Qualität von Waren und Dienstleistungen erwartet werden können. Damit die Tatbestandsvariante des Bewirkens erfüllt ist, reicht es also aus, dass negative Auswirkungen zu erwarten sind. Ihr tatsächliches Eintreten braucht nicht abgewartet zu werden.⁵⁴⁶ Hingegen fallen Wettbewerbsbeschränkungen mit nur geringfügigen Auswirkungen nicht unter § 1 GWB. Ähnlich wie die *De-minimis*-Bekanntmachung der EU (vgl. Rz 627) stützt sich die "*Bagatellbekanntmachung*" des Bundeskartellamts vorwiegend auf Marktanteilsschwellen zur Beurteilung, ob § 1 GWB anwendbar ist. Kernbeschränkungen sind von diesen Schwellen ausgenommen.⁵⁴⁷

(iii) Frankreich

630. Art. 420-1 des Code de Commerce legt fest: "*Sont prohibées même par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implantée hors de France, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu'elles tendent à [...]*". Auch Art. 420-1 des französischen Code de Commerce verbietet demnach die aufgezählten Verhaltensweisen,

⁵³⁷ Urteil des EuGH C-8/08 *T-Mobile Netherlands*, Slg. 2009 I-4529 Rz 62.

⁵³⁸ Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit (Fn 371), ABl. 2011 C 11/1 ff., Rz 75.

⁵³⁹ Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit (Fn 371), ABl. 2011 C 11/1 ff., Rz 77.

⁵⁴⁰ Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit (Fn 371), ABl. 2011 C 11/1 ff., Rz 86 ff.

⁵⁴¹ Urteil des EuGH 5/69 *Völk/Vervaecke*, Slg. 1969 295 Rz 7; vgl. zur Spürbarkeit die Zusammenstellung der Kasuistik von VIVIEN ROSE/PETER ROTH QC, in: Bellamy & Child European Community Law of Competition, Roth/Rose (Hrsg.), 2008, N 2.121 ff.

⁵⁴² Bekanntmachung der Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die den Wettbewerb gemäss Artikel 81 Absatz 1 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft nicht spürbar beschränken (*de minimis*), ABl. 2001 C 368/13.

⁵⁴³ WOLFGANG KIRCHHOFF, in: Münchener Kommentar, Bd. 1 Europäisches Kartellrecht, 2007, EG Art. 81 N 605.

⁵⁴⁴ DANIEL ZIMMER, in: Wettbewerbsrecht, Band 2. GWB Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), 2007, § 1 GWB N 4.

⁵⁴⁵ MICHAEL KLING/STEFAN THOMAS, Kartellrecht, 2007, §17 N 52.

⁵⁴⁶ HERMANN-JOSEF BUNTE, in: Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Langen/Bunte (Hrsg.), Bd. 1, 2011, §1 N 230.

⁵⁴⁷ Bekanntmachung Nr. 18/2007 des Bundeskartellamtes über die Nichtverfolgung von Kooperationsabreden mit geringer wettbewerbsbeschränkender Bedeutung ("*Bagatellbekanntmachung*") vom 13. März 2007; abrufbar unter: http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Merkblaetter/Merkblaetter_deutsch/07_Bagatellbekanntmachung_Logo.pdf.

wenn sie alternativ eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken.⁵⁴⁸ Unter französischem Recht braucht folglich in Übereinstimmung mit dem EU- und deutschen Recht die Auswirkung nur dargelegt zu werden, sofern kein Bezwecken einer Wettbewerbsbeschränkung feststeht.⁵⁴⁹

631. Entsprechend kommt der Prüfung der Auswirkungen in der Praxis eine untergeordnete Bedeutung zu. Eine Wettbewerbsbeschränkung ist gemäss französischer Praxis grundsätzlich bereits dann verboten, wenn sie eine potenziell wettbewerbswidrige Wirkung hat. Sollte die tatsächlich festgestellte Wirkung nur schwach oder kaum wahrnehmbar sein, ist dieser Umstand höchstens als mildernder Faktor bei der Sanktionsberechnung zu berücksichtigen.⁵⁵⁰

(iv) Fazit dieser Rechtsvergleichung

632. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass es gemäss EU-Rechtsprechung und in Übereinstimmung damit nach deutschem und französischem Recht ausreicht, den wettbewerbswidrigen Zweck einer Abrede darzulegen, ohne die Auswirkungen zu prüfen. Soweit die Auswirkung überhaupt geprüft wird, beschränkt sich die EU-Kommission im Zusammenhang mit dem Informationsaustausch zu weiten Teilen auf die Überprüfung qualitativer Kriterien. Sowohl im deutschen als auch im französischen Recht reicht es aus, eine potenzielle Auswirkung darzulegen. Bei der Prüfung der Spürbarkeit beschränken sich die Kommission und die deutschen Behörden grundsätzlich auf die Überprüfung von Marktanteilsschwellen.

633. Im Gegensatz dazu hat die WEKO nicht nur den wettbewerbswidrigen Zweck des Informationsaustausches dargelegt, sondern auch dessen konkrete Auswirkungen untersucht. Nebst der Prüfung diverser quantitativer Kriterien untersuchten die Wettbewerbsbehörden auch qualitative Kriterien, um den vorliegenden Informationsaustausch zu beurteilen. Die Analyse der Erheblichkeit nach schweizerischem Recht geht mit anderen Worten über das von den dargestellten Rechtsordnungen verlangte Prüfungsraster hinaus.

B.4.4.5 Qualitative Kriterien

Darstellung des Sekretariats

634. Im Rahmen der Prüfung der qualitativen Kriterien der Erheblichkeit einer Abrede sind die relevanten Wettbewerbsparameter zu erläutern und deren Bedeutung im relevanten Markt.

635. Die Lehre geht davon aus, dass wirksamer Wettbewerb im Sinne des Gesetzes besteht, wenn die Marktteilnehmer sich im Bereich ihrer Waren oder Dienstleistungen bezüglich wesentlicher Wettbewerbsparameter voneinander unabhängig verhalten können. Das KG definiert die relevanten Wettbewerbsparameter nicht. Die Wesentlichkeit variiert denn auch je nach den Marktgegebenheiten.⁵⁵¹ Die wichtigsten Wettbewerbsparameter sind in der Regel die Art der Waren (oder Dienstleistungen), der Preis, die Qualität, die Quantität und die Geschäftsbedingungen. Wird in das Spiel von Angebot und Nachfrage eingegriffen und dadurch in einem bestimmten Markt die freie Festlegung einzelner oder aller entscheidender Wettbewerbsparameter aus-

geschaltet, so liegt eine Wettbewerbsbeschränkung bzw. eine Wettbewerbsbeseitigung vor.⁵⁵²

636. Wie dargelegt, sind für die Europäische Kommission die Qualität, Art der Distribution, Preis, Marke, Verpackung, Werbestrategie und Ausgestaltung der Verkaufspunkte für die Eingrenzung der relevanten Märkte relevant, womit die von Puig eingereichte KPMG-Studie (Rz 476) und die Parteien übereinstimmen (Rz 477). Aus dieser Marktabgrenzung ergeben sich einige der zentralen Wettbewerbsparameter, welche im Preis, der Marke, der Qualität und der Werbung bestehen. Das von Coty eingereichte ökonomische Gutachten stimmt mit diesem Befund insofern überein. Danach ist der Preis "ohne Frage ein wesentlicher Wettbewerbsparameter".⁵⁵³

637. Gemäss Parteiangaben⁵⁵⁴ und einem eingereichten Gutachten⁵⁵⁵ ist Innovation im Kosmetikmarkt ein weiterer zentraler Wettbewerbsparameter. Ob dem so ist, kann im Rahmen der Beurteilung der qualitativen Kriterien dahingestellt bleiben. Die Innovation wird aber im Rahmen des Innenwettbewerbs noch näher analysiert (vgl. unten Rz 760 ff.).

638. Damit und im Zusammenhang mit dem Markenimage steht ferner die Werbung, welche von eminenter Bedeutung ist im vorliegenden Markt, was sich auch in den hohen Werbeausgaben spiegelt (vgl. Rz 491).⁵⁵⁶

639. Sowohl in der ökonomischen Lehre als auch in der Praxis wird der Austausch von Preis- und Mengeninformationen sowie Geschäftsstrategien als problematisch eingestuft.⁵⁵⁷ Gemäss ökonomischer Literatur erleichtert insbesondere der Austausch über vergangene oder gegenwärtige Preise die Kollusion, indem vom Preisniveau abweichende Unternehmen besser ausgemacht und in der Folge bestraft werden können.⁵⁵⁸

⁵⁴⁸ Vgl. etwa EMMANUEL COMBE, *Economie et politique de la concurrence*, 2005, 131.

⁵⁴⁹ Conseil de la concurrence, Rapport annuel 2003, 2004, 57; Autorité de la concurrence, décision n° 10-D-13 du 15 avril 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la manutention pour le transport de conteneurs au port du Havre, Rz 406 f.

⁵⁵⁰ Autorité de la concurrence, Décision n° 09-D-31 du 30 septembre 2009 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la gestion et de la commercialisation des droits sportifs de la Fédération française de football, Rz 335.

⁵⁵¹ ROLAND VON BÜREN/EUGEN MARBACH/PATRIK DUCREY, *Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*, 2008, 274 f. mit Verweis auf PETER HETTICH, *Wirksamer Wettbewerb*, 2003; sowie dieselben, a.a.O., 296, Rz 1338.

⁵⁵² VON BÜREN/MARBACH/DUCREY (Fn 551), 296 f., Rz 1339 ff.

⁵⁵³ Act. 422 Beilage 1, 16.

⁵⁵⁴ Vgl. etwa Act. 439, Rz 174.

⁵⁵⁵ Act. 422 Beilage 1, 26 ff.

⁵⁵⁶ Vgl. auch Parteigutachten von Puig Act. 426, Beilage 2, 11.

⁵⁵⁷ RPW 2007/1, 144, *Bekanntmachung der Praxis der schweizerischen Wettbewerbsbehörden im Versicherungsbereich*; Kommission; Seventh Report on Competition, Brüssel/Luxemburg 1978, 19 f. MOTTA (Fn 278), 151; KÜHN (Fn 277), 187 f.; FLORIAN WAGNER-VON PAPP, *Marktinformationsverfahren: Grenzen der Information im Wettbewerb*, 2004, 219 ff.

⁵⁵⁸ MOTTA (Fn 278), 151; KÜHN (Fn 277), 187 f.

640. Vorliegend steht ausser Frage, dass Informationen über Preise ausgetauscht wurden, der Einblick in die Umsatzzahlen und die Werbeausgaben ermöglichte es zudem, Rückschlüsse auf die Unternehmensstrategie der Konkurrenten zu nehmen, weshalb die qualitativen Kriterien der Erheblichkeit der vorliegenden Abrede gegeben sind.

Parteivorbringen

641. Clarins bringt vor, der wirkliche Wettbewerbsparameter seien die Rabatte. Die Abrede würde sich also nicht auf den tatsächlich angewandten Preis beziehen. Sie bestreitet aus den Bruttopreislisten hätten für die Konkurrenten irgendwelche nützlichen Informationen abgeleitet werden könnten. Clarins leitet daraus ab, dass der Wettbewerb in qualitativer Hinsicht nicht beeinträchtigt sei.

642. La Prairie/Juvena legen dar, der Informationsaustausch habe sich nur auf unbedeutende Wettbewerbsparameter bezogen. Die Qualität, Innovation und die Beratung seien die wahren Wettbewerbsparameter.

643. Chanel bringt vor, die vom Sekretariat zitierte Literatur sage nur, dass der Austausch von Informationen über vergangene oder aktuelle Preise und Mengen kollusives Verhalten erleichtere. Das heisse nicht, dass der Austausch solcher Daten per se erheblich sei.

644. Soweit Clarins die Nützlichkeit des Bruttopreislisten-austausches bestreitet, sei auf die bereits gemachten Ausführungen verwiesen (A.3.2.6). Im Übrigen läuft Clarins Argumentation darauf hinaus, dass eine Abrede über Bruttopreislisten weder schädlich ist, noch ein Element darstellt, das bei der Beurteilung der qualitativen Kriterien der Erheblichkeit der Abrede hinzugezogen werden kann. Eine solche Rechtsauffassung steht im Gegensatz zum gesetzgeberischen Willen.

645. Es ist unstrittig, dass der Bruttopreis eines Produktes einen Preisbestandteil darstellt. Wie aus der Botschaft zum KG hervorgeht, geht der Schweizer Gesetzgeber grundsätzlich davon aus, dass Abreden über Preisbestandteile die gesetzliche Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung auslösen.⁵⁵⁹ Darin ist die Wertung eingeschlossen, dass Abreden über Preisbestandteile, Umsatzangaben und Werbeausgaben, in qualitativer Hinsicht genügend gravierend sind, um zu einer Erheblichkeit der vorliegenden Abrede zu führen. Damit stimmt auch die EU-Praxis überein, wonach die wettbewerbsbeschränkende Auswirkung eines Informationsaustausches u.a. aufgrund der Merkmale des Informationsaustausches eruiert werden kann. Demnach hat der Austausch von Daten, die die strategische Ungewissheit auf dem Markt verringern und die Entscheidungsfreiheit der Parteien einschränkt, wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen. Zu den strategischen Informationen zählt die Kommission aktuelle Preise.⁵⁶⁰

646. Bei der Beurteilung der qualitativen Kriterien der Erheblichkeit genügt es gemäss Praxis der WEKO zudem, dass der von der Abrede betroffene Wettbewerbsparameter auf dem fraglichen Markt eine gewisse Bedeutung aufweist.⁵⁶¹ Dies ist vorwiegend zweifellos der Fall (vgl. Rz 636).

647. Die Vorbringen von Juvena/La Prairie stützen sich auf den Schlussbericht des Sekretariats zu einer Vorabklärung in Sachen *SVIT-Honorarrichtlinien*.⁵⁶² Die Parteien versuchen auf diese Weise die Bedeutung des Preises als Wettbewerbsfaktor in Frage zu stellen. Allerdings vermag die genannte Praxis den Parteistandpunkt nicht zu untermauern. Erstens bezog sich die Vorabklärung auf den Markt für Immobilien-Vermittlung und – Verwaltung. Dieser Markt stellt ein Dienstleistungsmarkt dar und steht in keinem Zusammenhang mit den vorliegenden Märkten. Zweitens sind die Schlussfolgerungen, die die Parteien daraus ziehen unzutreffend. Das Sekretariat hielt fest:

[...] "Typischerweise hängt in Dienstleistungsmärkten die Art und Qualität der Leistung stark vom Leistungserbringer ab. Die Dienstleistung als Gut kann nicht bereits vor der Wahl beurteilt werden, viel wichtiger sind die Reputation und der Bekanntheitsgrad eines Immobilienhändlers. Daher ist der Preis sicherlich nicht ein dominanter Wettbewerbsfaktor auf diesen Märkten." [...]⁵⁶³

648. Aus diesem Textausschnitt ist ersichtlich, dass die Ausführungen zum Preis als Wettbewerbsfaktor nur fallspezifisch erfolgten. Daraus kann vor allem nicht geschlossen werden, der Informationsaustausch habe sich auf unwesentliche Wettbewerbsparameter bezogen.

649. Die Vorbringen Channels basieren auf einer ungenauen Lektüre der Ausführungen des Sekretariats. Der Antrag führt aus, dass die ökonomische Lehre und die Praxis den Austausch von Preis- und Mengeninformationen sowie Geschäftsstrategien als *problematisch* einstuft (Rz 639). "Problematisch" ist nicht gleichbedeutend mit "erheblich". Ferner legt Chanel nicht dar, inwiefern ihre Rechtsstellung durch ihre Leseweise der Lehre und Praxis, wonach der Informationsaustausch "*kollusives Verhalten erleichtere*" verbessert wird. Schliesslich sei darauf hingewiesen, dass das Sekretariat nicht nur das Vorliegen qualitativer Kriterien geprüft hat, um zum Resultat zu gelangen, dass die Wettbewerbsbeschränkung erheblich ist. Vielmehr wurden zusätzlich die nachfolgenden quantitativen Kriterien und Rechtfertigungsgründe vertieft geprüft.

B.4.4.6 Quantitative Kriterien

B.4.4.6.1 Aussenwettbewerb

650. Um die Intensität des Aussenwettbewerbs zu beurteilen, muss untersucht werden, inwieweit die an der Wettbewerbsabrede beteiligten Unternehmen in ihrem Verhalten durch aktuellen oder potenziellen Wettbewerb sowie durch die Marktgenseite diszipliniert werden.

⁵⁵⁹ Vgl. Botschaft vom 23.11.1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Botschaft 1994), BBl 1995 I 468 ff., 567.

⁵⁶⁰ Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit (Fn 371), ABl. 2011 C 11/1 ff., Rz 77.

⁵⁶¹ RPW 2009/2, 136 f. Rz 128.

⁵⁶² RPW 1998/2, 189 ff., *SVIT-Honorarrichtlinien*.

⁵⁶³ RPW 1998/2, 197 Rz 49, *SVIT-Honorarrichtlinien*.

(i) Aktueller Wettbewerb

651. Bei der Beurteilung der aktuellen Konkurrenz ist festzustellen, wer die Marktteilnehmer sind und welches Kräfteverhältnis zwischen diesen besteht. Aus diesem Grund wird anschliessend zuerst festgelegt, welche Unternehmen als Marktteilnehmer gelten und wie die Marktanteile ausgestaltet sind.

Marktteilnehmer

652. Zu den Teilnehmern in den einzelnen relevanten Märkten gehören die anschliessend beschriebenen Mitglieder der ASCOPA.

653. *Beauté Prestige SA*, Zürich ist ein Unternehmen, welches Parfüms, Make-up und Pflegeprodukte der Marke Annayake vertreibt. Die *Beauté Prestige SA* stellt selbst keine Produkte her.

654. *Bergerat SA*, Genf vertreibt die Marken Givenchy und Burberry. Während von der Marke Burberry lediglich Parfüms existieren, sind von Givenchy sowohl Parfüm, Make-up und Pflegeprodukte erhältlich.

655. *Bulgari Parfums SA*, Neuchâtel vertreibt lediglich Parfüms der Marke Bulgari. Die Muttergesellschaft, *Bulgari S.p.A.*, hat ihren Sitz in Rom. Sie erwirtschaftete im Finanzjahr 2011 einen Umsatz von über 1 Mrd. EUR und einen Konzerngewinn von 85,3 Mio. EUR.⁵⁶⁴ Bulgari hat am 7. März 2011 angekündigt, dass LVMH (siehe unten) die Anteile am Unternehmen der Familie Bulgari und damit die Kontrolle über das Unternehmen übernehmen wird.⁵⁶⁵

656. *Chanel SA*, Genf, vertreibt Parfüms (Damen und Herren), Pflegeprodukte und Make-up-Produkte der Marke Chanel in der Schweiz. Produktlinien sind unter anderem Precision, No. 5 und Allure. International ist Chanel in Europa, Asien und den USA tätig, der Hauptsitz befindet sich in Paris, Frankreich. Ausser Parfüms und Pflegeprodukten produziert und vertreibt Chanel auch Schmuck, Uhren, Accessoires und Mode (Haute Couture und Prêt-à-porter). Das Mutterhaus, *Chanel SA* (Paris) ist im Privatbesitz der Gebrüder Alain und Gerard Wertheimer. Das Unternehmen veröffentlicht keine Umsatz- oder Gewinnzahlen.

657. *Clarins SA*, Plan-les-Ouates, vertreibt Parfüms unter eigenem Namen sowie jene der Marken Thierry Mugler, Azzaro und Hermès. Weitere Produkte von Clarins umfassen die Bereiche Make-up, Gesichts- und Körperpflege. Weltweit ist Clarins in über 150 Ländern vertreten, der Hauptsitz befindet sich in Neuilly sur Seine, Frankreich. Seit Herbst 2008 befindet sich Clarins vollständig im Besitz der Familie Courtin-Clarins. Der Umsatz von Clarins betrug im Jahr 2007 schätzungsweise 1,2 Mrd. USD.⁵⁶⁶

658. *Coty (Schweiz) AG*, Hünenberg, ist in eine Sektion Prestige und eine Sektion Beauty eingeteilt. Coty vertreibt in der Sektion Prestige die Parfümmarken wie Calvin Klein, Davidoff, Jil Sander, Joop, Jette Joop, Jennifer Lopez, Karl Lagerfeld, Marc Jacobs, Cerruti, Chopard und Wolfgang Joop. Zudem werden aus dem gleichen Geschäftsbereich Pflegeprodukte der Marke Lancaster vertrieben. Im Rahmen des Beauty-Geschäftsbereiches vertreibt Coty u.a. Parfüms der Marken David und Victoria Beckham, Esprit, Kate Moss, Kylie Minogue, Adidas

und Playboy. Coty Inc. mit Hauptsitz in New York, USA, ist eine der grössten Parfüm-Firmen der Welt und erzielte 2010 einen Umsatz von rund 3,6 Mrd. USD.⁵⁶⁷

659. Die *D.P. Diffusion Parfums Limited*, Chiasso, war zwar zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung noch als Mitglied der ASCOPA eingetragen, hatte ihre Geschäftstätigkeit jedoch bereits seit längerem eingestellt. Aus diesem Grund wird auf eine nähere Beschreibung des Unternehmens verzichtet.

660. *Deurocos Cosmetic AG*, Adliswil, vertreibt die Parfümmarken United Colors of Benetton, Bogner, Byblos, Ferragamo, Iceberg, Made in Italy, Marc O'Polo, Max Mara, Mila Schön, Trussardi, Ungaro, Nikos, Vivienne Westwood und Agent Provocateur. Bei den Make-up-Produkten vertreibt das Unternehmen die Marken Bourjois, Collistar, Covergirl, Max Factor, und Revlon; bei den Pflegeprodukten die Marken 3Lab, Bionsen, Bourjois, Collistar, Déclaré, La Ric, Marbert, Olaz, Swissdent und Transvital.

661. *Dicopar SA*, Münchenstein, ist auf dem Coiffeur-Markt tätig und bietet nebst verschiedenen Produkten für Friseure (Kämme, Föhne, Scheren etc.) lediglich Haarkosmetikprodukte an.

662. *Elizabeth Arden (Zug) GmbH*, Zug, fusionierte während des Verfahrens mit der Elizabeth Arden International Sàrl (Elizabeth Arden International Ltd), Meyrin, welche als Rechtsnachfolgerin neue Untersuchungsadressatin ist. Das Unternehmen bietet Parfüms, Pflege- und Make-up-Produkte der Marke Elizabeth Arden an. Elizabeth Arden Inc. ist in Florida beheimatet und weltweit in über 90 Ländern tätig. Das Markenportfolio des Konzerns umfasst zudem u.a. die Parfümlinien von Mariah Carey, Hilary Duff, Britney Spears, Danielle Steel, Elizabeth Taylor und Usher. Im Jahresbericht 2010 weist Elizabeth Arden Inc. einen Umsatz von 1,1 Mrd. USD aus.⁵⁶⁸

663. *Estée Lauder GmbH*, Zürich, bietet Parfüms, Pflege- und Make-up-Produkte der Marke Estée Lauder an. Estée Lauder Companies Inc. hat seinen Hauptsitz in New York und ist weltweit tätig. Zu den vertriebenen Marken gehören nebst der Eigenmarke zahlreiche andere Marken wie z.B.: Aramis, Clinique, Tommy Hilfiger und Tom Ford. Die Muttergesellschaft, Estée Lauder Companies, ist in 43 Staaten tätig und setzte im vergangenen Finanzjahr 2010 knapp 7,9 Mrd. USD.⁵⁶⁹

⁵⁶⁴ http://ir.bulgari.com/financial-highlights/financial-highlights-2010?sc_lang=en.

⁵⁶⁵ <http://ir.bulgari.com/~media/Files/B/Bulgari-IR-2010/pdf/bulgari-LV-MH-release.pdf>.

⁵⁶⁶ http://www.nytimes.com/2007/04/06/business/06clarins.html?_r=1.

⁵⁶⁷ http://www.coty.com/#/about_coty/key_figures.

⁵⁶⁸ <http://phx.corporate-ir.net/phoenix.zhtml?c=98237&p=irol-reports> Annual, 62.

⁵⁶⁹ <http://phx.corporate-ir.net/External.File?item=UGFyZW50SUQ9NjcZOTd8Q2hpbGRJRD0tMXxUeXBIPtM=&t=1,4>.

664. *HJD Distribution*, Genf, vertreibt Parfüms der Marken Elizabeth Arden und John Galliano. Ferner vertreibt das Unternehmen Pflegeprodukte der Marke Huiles & Baumes und John Galliano.

665. Die *La Prairie-Gruppe Schweiz* ist eine Tochtergesellschaft der Beiersdorf AG, ein internationaler Konsumgüterkonzern mit Sitz in Hamburg, Deutschland, der unter anderem Nivea vertreibt. Die Gruppe besteht aus den Laboratoires La Prairie SA, der Juvena International AG sowie der Prof. Steinkraus Research Laboratories AG. Sie vertreibt Parfüms der Marke Silver Rain, Gesichtsmake-up der Marke La Prairie sowie Pflegeprodukte der Marken La Prairie, Juvena, SBT und Marlies Möller. Beiersdorf erwirtschaftete 2009 einen Umsatz von 5,7 Mrd. EUR.⁵⁷⁰

666. Die *Kanebo Cosmetics*, Glattbrugg, vertreibt Pflege- und Make-up-Produkte der Marke Kanebo International und Sensai. 2005 wurde Kanebo Teil der Kao Corp., deren Hauptsitz in Tokyo liegt. Das Unternehmen ist weltweit tätig, wobei der Schwerpunkt in Asien liegt. Für das Jahr 2010 meldet die Muttergesellschaft einen Umsatz von 1184 Mrd. JPY und einen Gewinn von 40 Mrd. JPY.⁵⁷¹

667. Die *Laboratoires Biologiques Arval S.A.*, Conthey, ist ein unabhängige Vertriebs- und Herstellerunternehmen. Im Jahre 2008 vertrieb Arval die Eigenmarke Calmoskin in der Schweiz.

668. *L'Oréal Produits de Luxe SA*, Renens, vertreibt Parfüms der Marken Lancôme, Giorgio Armani, Ralph Lauren, Viktor & Rolf, Cacharel, Diesel, Guy Laroche, Paloma Picasso und Kiehl's. Im Bereich der Make-up- und Pflegeprodukte verfügt das Unternehmen über die Marken Lancôme, Biotherm, Helena Rubinstein, Giorgio Armani Cosmetics. Der Mutterkonzern L'Oréal SA (Frankreich) ist mit einem Umsatz von knapp 19,5 Mrd. EUR und einem Gewinn von 2,42 Mrd. EUR.⁵⁷² weltweit einer der grössten Hersteller von Kosmetikprodukten und in über 130 Ländern tätig. Im Sommer 2008 übernahm L'Oréal YSL Beauté von der PPR-Gruppe.

669. *Parfums Christian Dior AG*, führt sowohl Parfüms als auch Pflege- und Make-up-Produkte der Marke Dior. Christian Dior gehört zur LVMH-Gruppe (Moët Hennessy Louis Vuitton), einem international tätigen Luxusgüterhersteller. Der LVMH-Gruppe ist in fünf verschiedene Geschäftsbereiche eingeteilt: Mode- und Lederartikel, Parfümerie- und Kosmetikprodukte, Weine und Spirituosen, Uhren und Schmuck sowie selektiver Einzelhandel. 2010 erzielte der Konzern mit einem Umsatz von 20,3 Mrd. EUR einen Gewinn von 3,3 Mrd. EUR.⁵⁷³ Die Parfums Christian Dior AG führt Pflege- und Make-up-Produkte sowie Parfüms der Marke Dior.

670. *Parfums de Luxe Ltd.*, Wallisellen, vertreibt die beiden Parfüms-Marken Versace und Moschino. Die Versace S.p.A ist ein italienisches Unternehmen in Familienbesitz, dass diverse Luxusgüter (Mode, Schmuck, Accessoires, Möbel, Uhren, Parfüms) herstellt. Die Moschino S.p.A. gehört zur Aeffe S.p.A, zusammen mit folgenden Marken: Alberta Ferretti, Pollini, Jean-Paul Gaultier, Authier und Velmar.

671. *Parlux Diffusion*, Rolle, ist ein Einzelunternehmen, welches die Parfüms der Marken Lolita Lempicka und Victorinox vertreibt.

672. *PC Parfums Cosmétiques SA*, Zürich, vertreibt Parfüms, Pflege- und Make-up-Produkte der Marken Guerlain und Kenzo, welche zur LVMH-Gruppe gehören.

673. *P&G Prestige Products AG*, Schlieren, ist eine Tochtergesellschaft der weltweit tätigen The Procter & Gamble Co. (USA), einem der weltweit grössten Konsumgüterkonzerne. Procter & Gamble ist in drei verschiedene Geschäftsbereiche unterteilt, Household care, Health and Well-being sowie Beauty and grooming. P&G Prestige Products vertreibt im Bereich des Beauty and grooming Produkte der Marken Dolce & Gabbana, Gucci, Valentino, Hugo Boss (Hugo und Boss), Lacoste, Escada, Laura Biagiotti, Montblanc, Rochas, Puma, Mexx (und XX by Mexx), Bruno Banani, Christina Aguilera, Replay, Naomi Campbell, Tom Tailor, Marc O'Polo, Avril Lavigne. Der gesamte Konzern weist im Jahresbericht 2010 einen Jahresumsatz von 78,9 Mrd. USD aus und einen Gewinn von 12,7 Mrd. USD.⁵⁷⁴

674. *Procosa SA*, Vernier, figurierte zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung noch auf der Verbandsmitgliederliste hat ihre Geschäftstätigkeit aber auf Ende 2005 eingestellt.⁵⁷⁵ Auf weiterführende Ausführungen zu diesem Unternehmen wird daher verzichtet.

675. *Puig (Suisse) SA*, Baden, vertreibt vorwiegend Parfüms der Marken Aigner, Comme de Garçons, Lalique, Carolina Herrera, Paco Rabanne, Nina Ricci und Prada. Puig ist ein Familienunternehmen mit Sitz in Spanien, das nebst Parfüms auch Kosmetika, Pflegeprodukte, Mode und Accessoires vertreibt. Gemäss eigenen Angaben erzielte Puig 2009 einen Umsatz von 948 Mio. EUR und einen Gewinn von 97 Mio. EUR.⁵⁷⁶

676. Die *Compagnie Financière Richemont SA*, mit Hauptsitz in Genf, besitzt mehrere weltweit tätige Luxusgüterhersteller im Bereich Schmuck, Uhren, Schreibutensilien Leder und unter anderem auch Kosmetik- und Parfümerieprodukte. 2010 betrug der Umsatz über 2,3 Mrd. EUR.⁵⁷⁷ Der Vertrieb in der Schweiz erfolgt über die Richemont Suisse SA, Villars-sur-Glâne. Im Bereich der Kosmetik- und Parfümerie-Produkte vertreibt das Unternehmen die Marke Cartier.

677. *Sisley SA*, Bachenbülach, ist eine Tochtergesellschaft der C.F.E.B Sisley S.A. in Paris und vertreibt vor allem Luxus-Kosmetikprodukte und –Mode. Darunter vor allem Produkte der Marke Sisley. Im Kosmetikbereich sind dies Parfüms, Pflege und Make-up-Produkte.⁵⁷⁸

⁵⁷⁰ <http://www.annualreport2010.beiersdorf.com/de/konzernlagebericht/ertrags-vermoegens-und-finanzlage.html>.

⁵⁷¹ http://www.kao.com/jp/en/corp_ir/imgs/reports_fy2010e_all.pdf.

⁵⁷² Beide Zahlen für das Jahr 2010; http://www.loreal-finace.com/_docs/us/2010-annual-report/LOREAL-2010-AR-volume2.pdf,

⁵⁷³ http://www.lvmh.com/comfi/pg_repere.asp?rub=7&srub=3.

⁵⁷⁴ http://www.pg.com/en_US/investors/financial_reporting/financial_highlights.shtml.

⁵⁷⁵ Act. 74, Registerblatt 2, Protokoll vom 8. Februar 2006, 1.

⁵⁷⁶ http://www.puig.com/#/en_GB/puig.figures.

⁵⁷⁷ <http://www.richemont.com/investor-relations/key-figures.html>.

⁵⁷⁸ Handelsregister des Kantons Zürich Internet-Auszug, abrufbar unter: http://zefix.admin.ch/zfx-cgi/hrform.cgi/hraPage?alle_eintron&pers_sort=original&pers_num=0&language=1&col_width=366&amt=007.

678. *Star Cos Sàrl*, Biel, vertreibt vorwiegend Parfüms der Marken J.Ch. Borsseau, Hervé Léger, Carla Fracci, Jovoy, Prince Jardinier, Accord Parfait, Teo Cabanel, Léonard, Molinard, Rancé, Luciano Soprani, Jean Couturier, Police, Pal Zileri, Pino Silvester, Monotheme und Berdoues. An Pflegeprodukten vertreibt das Unternehmen Christian Breton, Bio Depiless und Patch Biological Face Lifting.

679. Die *Tanner SA*, Cham, ist ein Schweizer Familienunternehmen, das unter anderem Parfüms der Marken Cavalli, Ferré, DSQUARD2, Blumarine, Costume National, Tacchini, La Perla, Dali, Borsalino, Police, Custo, Tous und Petit Prince vertreibt. Ferner vertreibt das Unternehmen Make-up-Produkte der Marken T. Le Clerc und Pflegeprodukte der Marken Payot und HC High Tech Cosmetics.

680. *Tschanz Distribution SA*, Genf, ist ein Unternehmen im Familienbesitz. Es vertreibt Parfüms der Marken Miss Elite, Bettina Barty, Lanvin, Roxy, La Martina, Caron, Maison de la Vanille, Smiley. Ferner vertreibt das Unternehmen Make-up-Produkte der Marken Pupa, Mavala, Talika sowie Pflegeprodukte der Marken Valmont, Jean d'Avèze, Thermes St-Malo, Nuxe, Generation und Hei Poa.

681. *Wodma 41 SA*, Genf, vertreibt die Parfümmarken Shiseido, Jean Paul Gaultier, Issey. Miyake, Serge Lutens, Narciso Rodriguez, Carita, Decolor, Make-up-Produkte der Marken Shiseido, Clé de Peau, Serge Lutens, Nars, Carita sowie Pflegeprodukte der Marken Shiseido, Jean Paul Gaultier, Clé de Peau, Nars, Carita, und Decolor. Das Unternehmen wurde während des Verfahrens von Sisheido, einem in Japan ansässigen Kosmetikunternehmen, übernommen. Sisheido stellt Pflege- und Make-up-Produkte sowie verschiedene Parfüms der Marke Sisheido her. 2010 erzielte der weltweit tätige Konzern einen Umsatz von 6,9 Mrd. USD und einen Gewinn von über 360 Mio. USD.⁵⁷⁹

682. *YSL Beauté*, Plan-les-Ouates, vertreibt Parfüms der Marken Yves Saint Laurent, Boucheron, Roger&Gallet, Stella McCartney, Oscar de la Renta, Van Cleef&Arpels, Alexander McQueen, Ermenegildo Zegna, Make-up-Produkte der Marke Yves-Saint-Laurent sowie Pflegeprodukte der Marken Yves Saint Laurent, Stella McCartney, Lierac, Jean d'Avèze und Roger&Galle. Seit Juni 2008 ist YSL Beauté eine Tochtergesellschaft von L'Oréal.

Parteivorbringen zu den Marktteilnehmern

683. Gemäss Verbandspräsidenten gehören ASCOPA sämtliche Unternehmen des Luxus-Marktes an.⁵⁸⁰ Estée Lauder bringt vor, die Gesellschaften Lineabella, Louis Widmer, Skincode, Yves Rocher, L'Occitane, The Body Shop, Maria Galland und Mila D'Opiz gehörten auch zu Luxus- bzw. Prestigemarkt. Coty erklärt, die Marke Vichy gehöre dem Luxusmarkt an. Ferner weist Coty auf die Markteintritte von Wala, Dr. Hauschka und Weleda hin. Diesen Vorbringen kann aus den folgenden Gründen nicht gefolgt werden:

684. Das Unternehmen "Lineabella" wurde mittlerweile liquidiert.⁵⁸¹ Der Firmenzweck bestand nebst der Herstellung von Kosmetikprodukten in der Fabrikation von Diät-, Pharmazie- und Nahrungsmitteln. Lineabella hatte, so-

weit das Unternehmen überhaupt dem relevanten Markt zuzurechnen ist, was vorliegend nicht geprüft zu werden braucht, offensichtlich keinen spürbaren Einfluss auf das Marktgeschehen.

685. Das Unternehmen Vichy wirbt auf seiner Website mit der Philosophie "Gesundheit ist schön". Es stellt nebst einigen wenigen Shampoos (gegen Haarausfall, Haarbruch; Haaraufbau) vor allem Hautpflege-Produkte her und bietet Hautdiagnosen an. Louis Widmer ist auf Hautpflegeprodukte bis hin zu medizinischen Präparaten spezialisiert. Entsprechend werden die Marken Vichy und Louis Widmer ausschliesslich über Apotheken bzw. über Apotheken und Drogerien vertrieben. Damit unterscheiden sie sich nicht nur im Hinblick auf die Vertriebsform der Produkte von den Prestigeprodukten, sondern auch mit Bezug auf deren Image. Die Produkte sollen nicht nur mit Schönheits-, sondern auch mit Gesundheitspflege in Verbindung stehen.

686. Die Wala Heilmittel GmbH stellt nebst Arzneimitteln, sogenannte Dr. Hauschka Med-Produkte und Dr. Hauschka Kosmetikprodukte her. Sämtliche Dr. Hauschka Kosmetikprodukte tragen das sogenannte BIDH-Label "kontrollierte Natur-Kosmetik".⁵⁸² Das Label stammt vom deutschen Bundesverband der Industrie- und Handelsunternehmen für Arzneimittel, Reformwaren, Nahrungsergänzungsmittel und kosmetische Mittel (BIDH). Der Verband arbeitet gemäss eigenen Angaben mit Europäischen Naturkosmetikverbänden zusammen.⁵⁸³ Dr. Hauschka Kosmetikprodukte werden in der Schweiz vorwiegend über Drogerien Apotheken und Bioläden oder Reformhäusern vertrieben.⁵⁸⁴ Daneben führen Globus und Coop die Produkte in ihrem Sortiment. Nebst dem offensichtlich verschiedenen Image der Dr. Hauschka-Produkte unterscheiden sie sich also mehrheitlich auch durch die Vertriebsart von der Luxus- bzw. Prestigekosmetik.

687. Auch das Unternehmen Weleda wirbt damit, dass es seit 90 Jahren das Ziel der Weleda Gruppe sei, die Gesundheit des Menschen zu erhalten, zu fördern und wiederherzustellen.⁵⁸⁵ Nebst Arzneimitteln, Sirupen, Säften und Babyprodukten bietet Weleda Naturkosmetikmittel an. Auch hier unterscheidet sich das Image der Marke wesentlich von demjenigen der Luxus- und Prestigeparfümerie. Entsprechend dem unterschiedlichen Image wird die Weleda Naturkosmetik im Unterschied zu den hier untersuchten Produkten überwiegend in Apotheken, Drogerien und Reformhäusern vertrieben. Die beiden Warenhäuser Manor und Coop führen die Produkte ebenfalls in ihrem Sortiment.⁵⁸⁶

⁵⁷⁹ <http://www.shiseido.co.jp/e/ir/annual/index.htm>, 4 des Berichtes.

⁵⁸⁰ Act. 74, Registerblatt 3, Protokoll vom 8. Februar 2006, 1.

⁵⁸¹ SHAB, Montag, 14.02.2011, No 31, Jahrgang 129; vgl. ferner den Internet-Auszug des Handelsregisters des Kantons Tessin.

⁵⁸² <http://www.dr.hauschka.ch/produkte/>.

⁵⁸³ <http://www.kontrollierte-naturkosmetik.de/bidh.htm>.

⁵⁸⁴ <http://www.dr.hauschka.ch/service/haendlersuche/>.

⁵⁸⁵ <http://www.weleda.ch/de/unternehmen/90-jaehrigen-jubilaeum/>.

⁵⁸⁶ <http://www.weleda.ch/de/service/bezugsquellen/>.

688. Ähnlich verhält es sich mit den Produkten von Skincode. Skincode ist auf die Herstellung von zellgenerierenden Hautpflegeprodukten spezialisiert. Die Produkte werden nicht über die üblichen Kanäle der Prestige-Produkte vertrieben. Bereits der Markenname "Skincode", was mit "Hautkode" übersetzt werden kann, deutet auf die Eigenschaften und das entsprechende Image des Produktes hin und steht im Gegensatz zum Image der Prestige-Marken. Skincode wirbt denn auch primär mit der Reinheit der Produkte, welche frei von Duftstoffen, chemischen Konservierungs- und Farbstoffen sowie Tierextrakten seien. Zudem streicht das Unternehmen die schweizerische Herkunft und die intensiven Forschungstätigkeit bei der Herstellung der Produkte heraus.

689. Yves Rocher stellt Kosmetikprodukte aller Marktsegmente her. Die Produkte werden nicht über die Vertriebskanäle der selektiven Kosmetik vertrieben. Vielmehr betreibt Yves Rocher ein Franchisingssystem mit eigenen Geschäften. Yves Rocher bezeichnet sich selbst als "Pflanzenkosmetik". Das Unternehmen wirbt damit, keine Tierversuche durchzuführen, und mit den natürlichen Inhaltsstoffen seiner Produkte. Das Emblem des Unternehmens ist eine Knospe. Yves Rocher ist somit nicht dem Prestigemarkt zuzuordnen.

690. Ähnlich wie die Marke Yves Rocher stellt L'Occitane en Provence Kosmetikprodukte sämtlicher Marktsegmente her, zielt aber mit seinen Produkten nicht auf den Prestige-Markt. Die Marke Occitane versucht sich über die Attribute Wellness, Gesundheit, Bio- bzw. Natürlichkeit zu profilieren. Dieses Image wird mit eignen Boutiquen mit entsprechender Ausstattung aufrecht erhalten. L'Occitane-Produkte werden, sofern überhaupt, in Warenhäusern in von den Prestige-Produkten getrennten Bereichen angeboten. Die Produkte unterscheiden sich äusserlich entsprechend (Design, Namensgebung). So ist beispielsweise auf der Geschenkpackung von Occitane ein Baum abgebildet. Es besteht auch keine gleich starke Verflechtung mit der Modewelt, wie dies bei vielen Produkten des Prestigebereiches der Fall ist.

691. "The Body Shop" produzierte ebenfalls Kosmetikprodukte aller Marktsegmente und gehört mittlerweile zu Coop. "The Body Shop" betreibt eigene Boutiquen und ist nicht in den üblichen Verkaufsstellen von Kosmetikprodukten erhältlich. Auch diesem Unternehmen haftet ein grundlegend anderes Image an als den Unternehmen des Prestige-Marktes. "The Body Shop" definiert sich nicht über Image von Luxus- bzw. Prestige, sondern verleiht den Anschein von Natürlichkeit und Nachhaltigkeit. Body Shop setzt sich für ethischen Geschäftspraktiken (Community Trade), Menschenrechte, Umwelt- und Tierschutz und soziale Verantwortlichkeit ein.

692. Das Unternehmen Maria Galland stellt Pflege und Make-up-Produkte her. Die Produkte sind nicht über den Handel erhältlich, sondern werden in Beautysalons und von Kosmetikerinnen vertrieben. Das Unternehmen Mila D'Opiz ist ein Kleinbetrieb, dessen Produkte ebenso wenig über die für den Prestige-Markt typischen Kanäle vertrieben werden. Der Vertrieb geht über die Dobi-Inter AG, einem Unternehmen, dass die Ausbildung von Schönheitsfachfrauen bzw. -männern und dergleichen,

deren Weiterbildungen und Business-Unterstützung für Unternehmen anbietet. Beiden Unternehmen ist somit gemein, dass ihre Produkte im Rahmen von professionellen Kosmetik-Dienstleistungen vertrieben werden. Dies schliesst zwar nicht kategorisch aus, dass sie nicht auch dem Bereich der Luxus- und Prestigekosmetik zugerechnet werden könnten. Diese Qualifikation vermöchte jedoch nichts am Verfahrensausgang zu ändern.

693. Selbst wenn man davon ausgehen würde, dass nicht sämtliche Hersteller- und Distributoren der Luxus- und Prestige-Segmentes bei ASCOPA vertreten sind, steht fest, dass sämtliche umsatzstarken Marken im Verband vertreten sind, so dass allfällige Nichtmitglieder keinen spürbaren disziplinierenden Einfluss auf die ASCOPA-Mitglieder hätten. Dies folgt bereits aus den Marktanalysen von European Forecasts, worin keine der soeben genannten Marken, bei den Topsellern aufgeführt wurde.⁵⁸⁷

Entwicklungen der Marktgrösse und Marktanteile

- Darstellung des Sekretariats

694. Gemäss Angaben von European Forecasts handelt es sich beim Markt für Luxus-Parfüms- und Kosmetikprodukte um einen allenfalls leicht wachsenden aber wohl eher stagnierenden Markt.⁵⁸⁸ Diese Angaben werden von zwei von den Parteien eingereichten Studien bestätigt. In einer von Puig eingereichten Studie von KPMG wird das Parfümerie-Segment in West-Europa ausdrücklich als gesättigt bezeichnet mit einem tiefen CAGR (Compound Annual Growth Rate) von 2.3%.⁵⁸⁹ Ferner geht eine von Sisley eingereichte Studie über die europäische Kosmetik Industrie aus dem Jahre 2007 von einem CAGR für die gesamte Kosmetikindustrie in der Schweiz von 0.2 % zwischen den Jahren 2000-2006 aus.⁵⁹⁰

695. Die Untersuchungen des Sekretariats untermauern das Bild eines stagnierenden und höchstens leicht wachsenden Marktes. Abbildung 29 basiert auf den im Rahmen von ASCOPA ausgetauschten Angaben zwischen 2004-2007. Da der Informationsaustausch im August 2008 eingestellt wurde, und sich nicht mehr sämtliche Unternehmen am Informationsaustausch beteiligten, wurde das Jahr 2008 in der Darstellung nicht berücksichtigt.

⁵⁸⁷ Act. 217.

⁵⁸⁸ Act. 216, Protokoll European Forecasts, 2. Juli 2009, 4.

⁵⁸⁹ Act. 426, Beilage 2, 5.

⁵⁹⁰ Act. 442, 6.

Abbildung 29:

	Zusammenfassung Umsatzentwicklung						
	Total_skin_Care	Total_colour_cosmetics	Men_s_non-frag_lines	Women_s_fragrances	Men_s_frag_lines	Other_Products	TOTAL_SHIPMENT
2004	153'752'146	77'472'072	12'456'197	161'301'574	89'431'176	4'140'992	498'554'157
2005	153'209'832	76'774'087	15'451'635	147'632'124	84'178'566	4'757'463	482'003'707
2006	153'738'668	75'857'897	17'088'439	148'468'161	75'398'150	5'565'085	476'123'400
2007	160'758'168	80'154'986	15'720'649	161'238'694	91'196'285	7'100'603	516'169'385

	Wachstumsraten (2004 = 100)						
	Total_skin_Care	Total_colour_cosmetics	Men_s_non-frag_lines	Women_s_fragrances	Men_s_frag_lines	Other_Products	TOTAL_SHIPMENT
2004	100.0	100.0	100.0	100.0	100.0	100.0	100.0
2005	99.6	99.1	124.0	91.5	94.1	114.9	96.7
2006	100.0	97.9	137.2	92.0	84.3	134.4	95.5
2007	104.6	103.5	126.2	100.0	102.0	171.5	103.5

	Anteile						
	Total_skin_Care	Total_colour_cosmetics	Men_s_non-frag_lines	Women_s_fragrances	Men_s_frag_lines	Other_Products	TOTAL_SHIPMENT
2004	30.8%	15.5%	2.5%	32.4%	17.9%	0.8%	100%
2005	31.8%	15.9%	3.2%	30.6%	17.5%	1.0%	100%
2006	32.3%	15.9%	3.6%	31.2%	15.8%	1.2%	100%
2007	31.1%	15.5%	3.0%	31.2%	17.7%	1.4%	100%

Quelle: Act. 486.2-486.175, grau = Komitee-Mitgliedschaft

696. Aufgrund der im Rahmen von ASCOPA im Intranet ausgetauschten Umsatzangaben ergeben sich folgende Marktanteile und Marktanteilsveränderungen des gesamten Marktes für Luxus-Kosmetikprodukte während der Jahre 2004-2007 (Abbildung 30). Im Jahr 2008 wur-

de der Umsatzaustausch im September eingestellt, zudem waren namhafte Marktteilnehmer bereits aus ASCOPA ausgetreten. Die Daten des Jahres 2008 geben daher kein vollständiges Marktbild ab, weshalb auf deren Darstellung verzichtet wird.

Abbildung 30:

Umsatzteile - ASCOPA	2004	2005	2006	2007
Parfums de Luxe Ltd	[...]	[...]	[...]	[...]
Star*Cos Sàrl	[...]	[...]	[...]	[...]
Estée Lauder GmbH	[...]	[...]	[...]	[...]
L'Oréal Produits de Luxe SA	[...]	[...]	[...]	[...]
Clarins SA	[...]	[...]	[...]	[...]
P&G Prestige Products AG	[...]	[...]	[...]	[...]
Parfums Ch. Dior AG	[...]	[...]	[...]	[...]
Lancaster Group (Schweiz) AG	[...]	[...]	[...]	[...]
Deurocos Cosmetic AG	[...]	[...]	[...]	[...]
Chanel SA Genève	[...]	[...]	[...]	[...]
Wodma 41 SA	[...]	[...]	[...]	[...]
YSL Beauté	[...]	[...]	[...]	[...]
PC Parfums Cosmétiques SA	[...]	[...]	[...]	[...]
Unilever Cosmetics International	[...]	[...]	[...]	[...]
DP Diffusion Parfums LTD, Londra	[...]	[...]	[...]	[...]
Puig (Suisse) SA	[...]	[...]	[...]	[...]
Tanner SA	[...]	[...]	[...]	[...]
La Prairie Group	[...]	[...]	[...]	[...]
Kanebo Cosmetics	[...]	[...]	[...]	[...]
Sisley SA	[...]	[...]	[...]	[...]

Bulgari Parfums SA	[...]	[...]	[...]	[...]
Coty (Schweiz) SA	[...]	[...]	[...]	[...]
Elizabeth Arden	[...]	[...]	[...]	[...]
Juvena	[...]	[...]	[...]	[...]
Bergerat SA	[...]	[...]	[...]	[...]
Richemont Suisse SA	[...]	[...]	[...]	[...]
Tschanz Distribution SA	[...]	[...]	[...]	[...]
Doyat Diffusion SA	[...]	[...]	[...]	[...]
Procosa SA	[...]	[...]	[...]	[...]
Beauté Prestige SA	[...]	[...]	[...]	[...]
Umsatztotal (alle Unt.)	498'554'157	482'003'707	476'123'400	516'169'385
1 Prozentpunkt entspricht	4'985'542	4'820'037	4'761'234	5'161'694
Umsatz pro Monat	41'546'180	40'166'976	39'676'950	43'014'115

Quelle: Act. 486.0-486.175. grau = Komitee-Mitgliedschaft

697. Die sechs grössten Marktteilnehmer vereinigten auf dem schweizerischen Luxus-Kosmetik- und Parfümerie-Markt im Jahr 2004: 57.40 %, im Jahr 2005: 60.12 %, im Jahr 2006: 64.66 % und im Jahr 2007: 63.81 % der Marktanteile auf sich. Mit Ausnahme von P&G waren sämtliche umsatzstärksten Marktteilnehmer im Komitee von ASCOPA vereinigt. Die Marktanteile der im Komitee vertretenen Mitgliedern betrug im Jahr 2004: 68.40%, im Jahr 2005: 70.57 %, im Jahr 2006: 70.45 % und im Jahr 2007: 75.02 %.

698. Die Marktanteile der Mitglieder des ASCOPA-Komitees (grau hinterlegt) veränderten sich kaum. Insgesamt verzeichnen von den oben ausgeführten Unternehmen über die Hälfte Marktanteilsveränderungen von weniger als 0.5 Prozentpunkten innerhalb von vier Jahren. Lediglich drei Parteien verzeichnen Marktanteilsveränderungen, welche 0.8 Prozentpunkte übersteigen. Bezüglich P&G und Deucos sei auf die bereits gemachten Ausführungen verwiesen (Rz 542).

699. Vor diesem Hintergrund ist es fraglich, ob allfällige Parallelimporte aus dem Ausland disziplinierende Wirkung zu entfalten vermögen. Gemäss den Schätzungen derjenigen Marktteilnehmer die am meisten Parallelimporte tätigen (Ottos, Import und Denner) werden lediglich 3 %, 10 % oder wenige Prozente der Produkte aus dem Ausland parallel importiert.⁵⁹¹ Diese Angaben stimmen mit denjenigen von European Forecast überein, wonach es sich beim Schweizer Markt um einen "sauberen" Markt handeln sollte, auf dem es nicht viele Parallelimporte gebe.⁵⁹² Die Parfümerie Yours gab an, Parallelimporte machten 80 % des Schweizer Marktes aus.⁵⁹³ Diese Einschätzung ist nicht plausibel. Sie widerspricht den Aussagen von grossen Marktteilnehmern wie Import, Denner und Ottos sowie derjenigen von European Forecasts, einem spezialisierten Marktforschungsunternehmen. Zudem ist Yours ein Kleinunternehmen im Gegensatz zu Import, Denner und Ottos.

700. Um die obigen Angaben zu den Parallelimporten zu plausibilisieren, setzte das Sekretariat für die Jahre 2007 und 2008 die Gesamtumsätze von Import, Ottos und Denner in Bezug zum Gesamtkosmetikmarkt.⁵⁹⁴ Bei dieser Betrachtung wurden folglich auch die Umsätze mit Massmarktprodukten in die Berechnung einbezogen. Die Gesamtmarktangaben stammen vom Schwei-

zerischen Kosmetik und Waschmittelverband (SKW). Der SKW geht für das Jahr 2007 von einem Gesamtmarktvolumen von 2,38 Mrd. CHF aus und für das Jahr 2008 von 2,43 Mrd. CHF. Diese Angaben geben laut SKW 80 % des Marktes wieder.⁵⁹⁵ Zu Gunsten der Parteien wird angenommen, es handle sich um 100 %. Die WEKO geht zudem zu Gunsten der Parteien davon aus, dass 50 % der Produkte von Import sowie alle Produkte von Ottos und Denner parallel importiert werden. Wie die Einvernahmen von Import zeigen, ist die Annahme zu weit gefasst.⁵⁹⁶

701. Bei dieser Berechnungsweise wurden im Jahr 2007 6.2 % sämtlicher Produkte parallel importiert und im Jahr 2008 6.7 %. Abbildung 31 fasst die Resultate zusammen:

⁵⁹¹ Vgl. Antwort auf Frage 11, Act. 130, 142, 181.

⁵⁹² Act. 216, 2.

⁵⁹³ Act. 167, Frage 11.

⁵⁹⁴ Act. 130 Frage 4 (Denner); Act. 181 Frage 4 (Ottos), Act. 142 Frage 4 (Import).

⁵⁹⁵ <http://www.skw-cds.ch/Zahlen-Fakten.183.0.html>.

⁵⁹⁶ Act. 562, Frage 10.

Abbildung 31:

Angaben in Mio CHF		
	2007	2008
Angaben SKW	2378.4	2430.6
Denner	[5-10]	[5-10]
Otto's	[60-65]	[70-75]
Import 50%	[75-80]	[80-85]
Total D&O&I	[145-150]	[160-165]
Parallelimporte in %	ca. 6.2%	ca. 6.7%

Quelle: Act 130 Frage 4 (Denner); Act. 181 Frage 4 (Otto's); Act. 142 Frage 4 (Import); <http://www.skw-cds.ch/Zahlen-Fakten.183.0.html>.

702. Aufgrund dieser Resultate geht die WEKO davon aus, dass die Parallelimporte maximal 6.7 % betragen. Dazu ist klarzustellen, dass das Maximum nicht der Realität entspricht. Einerseits importiert Ottos nicht 100 % seiner Produkte parallel und andererseits bezieht Import bei weitem nicht 50 % seiner Waren aus dem Ausland.

703. Es fragt sich, ob allenfalls Private in grossem Umfang Produkte online aus dem Ausland importieren. Den Wettbewerbsbehörden liegen dazu keine Anhaltspunkte vor. Auch lieferten die Parteien keine diesbezüglichen Belege. Fest steht allerdings zweierlei. Einerseits unterscheiden sich die Preise der Kosmetikprodukte im umliegenden Ausland während der Untersuchungsperiode nicht markant von den schweizerischen.⁵⁹⁷ Alleine daher war der Anreiz für den Direktimport von Luxus- und Prestigeprodukten eingeschränkt. Andererseits werden Direktimporte von Luxus- und Prestigekosmetikprodukten durch Private daher unattraktiv, weil Sendungen aus dem Ausland zoll-⁵⁹⁸ und mehrwertsteuerpflichtig⁵⁹⁹ sind. Die Mehrwertsteuerpflicht entfällt lediglich unter einem Steuerbetrag von 5 CHF (Art. 1 Bst. c VO EFD).⁶⁰⁰ Dies entspricht einem Warenwert von ca. 66 CHF, bei einem MWSt-Satz von 7.6 %, wie er während der Untersuchungsperiode galt. Ferner verrechnet die Post einen Nachnamebetrag.⁶⁰¹ Ein Grossteil der Luxus- bzw. Prestigekosmetikprodukte erreichen ohne weiteres den MWSt-pflichtigen Betrag. Der Konsument hätte folglich die genannten Ausgaben zusätzlich zum eingekauften Betrag zu bezahlen. Da die Preise für Luxus- bzw. Prestigekosmetikgüter im Ausland nicht in einem Ausmass abweichen, die den Einkauf im Ausland wesentlich attraktiver gestaltet, dürfte der Konsument zumindest teilweise mehr für ein importiertes Gut bezahlen, als beim Bezug im Inland. Es bestehen auch daher keine Gründe anzunehmen, es würden in einem relevanten Ausmass private Bezüge per Internet aus dem Ausland getätigt. Eine weitergehende Prüfung der privaten Parallelimporte via Internet ist vor diesem Hintergrund nicht gerechtfertigt.

704. Vor diesem Hintergrund und dem Umstand, dass ansonsten, wenn nicht gar alle, so doch mit Sicherheit der weitaus grösste Teil auf dem relevanten Markt tätigen Unternehmen Mitglieder von ASCOPA sind⁶⁰² und am Informationsaustausch (der Abrede) beteiligt waren, kann von keinem oder zumindest nicht genügendem aktuellen Aussenwettbewerb ausgegangen werden.

- Vorbringen der Parteien

705. Bulgari beanstandet sinngemäss, das Sekretariat operiere mit falschen Marktanteilszahlen. Bulgari sei vor 2008 in der Schweiz nur auf dem Parfümmarkt tätig gewesen. Der Marktanteil von Bulgari sei von [...] % im Jahre 2003 auf [...] % im Jahre 2008 angestiegen. Bulgari stützt sich dabei auf Zahlen von European Forecast.

706. Clarins weist darauf hin, die Marktanteile von Clarins hätten sich zwischen 2004 und 2007 um [...] % verändert. Clarins argumentiert sinngemäss, die Marktanteilsveränderungen seien aus Sicht der Unternehmen zu betrachten. Das könne dazu führen, dass die Umsatzänderungen von Jahr zu Jahr um bis zu 100 % variierten. La Prairie/Juvena und Puig möchten ebenfalls die Marktanteilsverteilung aus Unternehmenssicht analysiert sehen. Daraus sei ersichtlich, dass die Märkte kompetitiv seien. In einem atomisierten Markt seien Marktanteilsverschiebungen im Umfang von 1 % sehr gross.

707. L'Oréal/YSL meinen, das Sekretariat berechne das arithmetische Mittel der Marktanteilsveränderungen und basiere seine Ausführungen darauf. Das Sekretariat müsse das geometrische Mittel berechnen, um die Marktanteilsveränderungen aufzuzeigen. Zwischen 2004-2007 ergebe sich für L'Oréal ein geometrisches Mittel von 1.32 % und für YSL von 5.71 %. Solche Marktanteilsverschiebungen seien nicht unbedeutend.

⁵⁹⁷ Vgl. die Aussagen von: Import, Act. 562, Frage 19; Globus, Act. 564, Frage 18; Douglas, Act. 569, Frage 18; Manor, Act. 571, Frage 18.

⁵⁹⁸ Zollgesetz (ZG) vom 18. März 2005, SR. 631.0.

⁵⁹⁹ Bundesgesetz über die Mehrwertsteuer (Mehrwertsteuergesetz, MWSTG) vom 12. Juni 2009, SR 641.20.

⁶⁰⁰ Verordnung des EFD über die steuerbefreite Einfuhr von Gegenständen in kleinen Mengen, von unbedeutendem Wert oder mit geringfügigem Steuerbetrag vom 11. Dezember 2009, SR 641.204.

⁶⁰¹ Vgl. AGB der Post: <http://www.post.ch/post-startseite/post-agb/post-agb-postdienstleistungen-2011.pdf>. Die konkreten Preise sind abrufbar unter: <http://www.post.ch/post-startseite/post-privatkunden/post-empfangen/post-importverzollung/post-importverzollung-preise-pk-pakete-international.htm>.

⁶⁰² Act. 1, 5.

708. Estée Lauder glaubt, das Sekretariat verschleierte mit der Produktkategorisierung, dass die Marktanteile volatil seien. Ein von ihr erstelltes Gutachten zeige die effektiven Marktentwicklungen besser auf.

709. Coty vergleicht für die Periode 2004-2008 die Marktanteilsentwicklungen des Kosmetik- und Parfümeriemarktes mit dem Automobilmarkt und dem Markt für Camcorder und Kameras. Beide Märkte seien sehr kompetitiv und zeichneten sich durch ähnliche Marktanteilsentwicklungen wie die vorliegenden Märkte aus. Daher könne das Sekretariat nicht ableiten, der Informationsaustausch habe die Marktanteile beeinflusst und zu einer Einschränkung des Wettbewerbs geführt. Coty leitet im Gegensatz zum Sekretariat aus den Marktanteilsentwicklungen ab, der Wettbewerb in den relevanten Märkten sei wirksam.

710. Schliesslich erklären Clarins, Coty und Deurocos sinngemäss, der Druck des Massmarket auf die Abredeiteilnehmer sei genügend gross gewesen, um für Ausenwettbewerb zu sorgen.

- *Würdigung der Parteivorbringen*

711. Die Aussage, Bulgari sei vor 2008 in der Schweiz nur auf dem Parfummarkt tätig gewesen, entspricht nicht

den Tatsachen. Aus den Umsatzdaten, die Bulgari ASCOPA geliefert hat, ist ersichtlich, dass Bulgari zwischen 2004 und 2008 ihre Umsätze nicht nur für Herren- und Damendüfte, sondern auch für Pflegeprodukte, "non frag lines" und "other Products" geliefert hat.⁶⁰³ Bulgari lieferte also Umsatzzahlen zu fünf der sechs Produktkategorien, die im Rahmen von ASCOPA ausgetauscht wurden. Alleine schon daher sind die Vorbringen von Bulgari zurückzuweisen. Mit Bezug auf die Richtigkeit der Umsatzdaten, die den Wettbewerbsbehörden vorliegen, ist folgendes anzufügen: Die Behörden verfügen nebst den oben erwähnten Zahlen von ASCOPA über die Antworten von Bulgari und den übrigen ASCOPA-Mitgliedern auf Frage 5 des Fragebogens vom 6. April 2009. Den Behörden liegen folglich die Umsatzdaten in zweifacher Ausführung vor, wobei die Angaben direkt von Bulgari und den übrigen ASCOPA-Mitgliedern stammen. Es ist daher nicht zu beanstanden, dass sich die WEKO auf diese Daten abstützt. Weshalb die Angaben von European Forecast genauer sein sollten, legt Bulgari nicht dar.

712. Folgt man dem Anliegen von Bulgari und betrachtet lediglich die Umsätze, welche Bulgari mit Parfums erzielt hat, ergeben sich die folgenden in Abbildung 32 festgehaltenen Marktanteilsverschiebungen:

Abbildung 32

		2004	2005	2006	2007
Mens & Womens Fragrances	Bulgari Parfums SA	[...]	[...]	[...]	[...]

Quelle: Act. 486.2-486.175

713. Daraus ist ersichtlich, dass sich die Marktanteile bei den Düften innert vier Jahren um [...] Prozentpunkte verändert haben. Zieht man darüber hinaus die von Bulgari zitierten Zahlen von European Forecast heran, ergibt sich eine Differenz zwischen 2003 und 2008 von [...] Prozentpunkten. Diese Entwicklungen vermögen nicht aufzuzeigen, dass sich Bulgaris Marktanteilsveränderungen von den übrigen ASCOPA-Mitgliedern merklich unterscheiden. Vielmehr bestätigen sie den allgemeinen Trend und die Feststellungen der WEKO, wonach sich die Marktanteile auf dem Gesamtmarkt für Kosmetikprodukte kaum verändert hätten.

714. Clarins, Prairie/Juvena und Puig bringen zu Unrecht vor, bei der Analyse der Marktanteilsveränderungen sei auf die Unternehmenssicht abzustellen. Daraus sei der funktionierende Wettbewerb ersichtlich. Marktanteilsveränderungen mögen aus Unternehmenssicht prozentual bedeutend erscheinen. So macht beispielsweise eine Umsatzsteigerung von CHF 100'000 im Jahr x auf CHF 150'000 im Jahr x+1 eine Veränderung von 50 % aus. Die Parteien übergehen dabei allerdings, dass gemäss Art. 1 KG die volkswirtschaftliche Perspektive ausschlaggebend ist, um zu beurteilen, ob eine Abrede den Wettbewerb beschränkt bzw. beseitigt. Volkswirtschaftlich sind Gesamtmarkt Betrachtungen relevant und daher die Marktanteilsveränderungen in Bezug auf den Gesamtmarkt ausschlaggebend. Die oben aufgeführten Marktanteilsveränderungen sind im vorliegenden Fall aus volkswirtschaftlicher Sicht geringfügig und sprechen

gegen aktuellen Wettbewerb.⁶⁰⁴ Daran ändert die Anzahl der Marktteilnehmer auf dem relevanten Markt nichts.

715. Die Parteivorbringen von L'Oréal/YSL zur Berechnung der Marktanteilsveränderungen beziehen sich auf Rz 698 des vorliegenden Antrags. Dazu ist vorab anzumerken, dass das Sekretariat nicht das arithmetische Mittel der Marktanteilsveränderungen wiedergegeben hat, sondern die für die Parteien vorteilhaftere Differenz zwischen den Marktanteilen im Jahr 2004 und den Anteilen im Jahr 2007. Die Marktanteilsveränderungen, wie sie das Sekretariat in Rz 698 aufführt, stellen mit anderen Worten keine Durchschnitte dar. Die Parteivorbringen basieren also auf einer unzutreffenden Annahme.

⁶⁰³ Act. 486.2-486.175.

⁶⁰⁴ Vgl. RPW 2001/1, 92 f. Rz 33, *Kaladent AG*, wo der aktuelle Wettbewerb anhand der Marktanteile, deren Entwicklung und Verteilung untersucht wurde.

716. L'Oréal bzw. YSL verschweigen bezüglich den von ihnen angegebenen Marktanteilsveränderungen (1.32 % bzw. 5.71 %), auf welche Daten sie sich stützen. Das Sekretariat kann sich auf die Umsatzzahlsammlung von ASCOPA und von den Parteien selbst berufen. Die

Parteien lieferten dem Sekretariat im Rahmen der Antworten zum Fragebogen vom 6. April 2009 ihre Umsatzzahlen. Die darauf basierenden Marktanteilsberechnungen ergeben die folgenden in Abbildung 33 festgehaltenen Resultate:

Abbildung 33:

Geschäftsjahr	2004	2005	2006	2007
L'Oréal	11.86%	12.16%	12.49%	12.19%
Yves Saint Laurent	4.39%	4.70%	4.60%	4.38%

Quelle: Fragebogen vom 6. April 2009, Frage 5, Act. 120, 128, 131, 132, 136, 137, 147, 153, 159, 160, 165, 168, 170, 171, 172, 173, 175, 176, 177, 182, 183, 187, 188, 189, 190, 193, 194, 195, 196, 210, 211, 215, 218, 226.

717. Aus den in Rz 696 dargelegten ASCOPA-Umsatzzahlen ergibt sich für L'Oréal eine Marktanteilsdifferenz von 1.24 Prozentpunkten und für YSL von 0.88 Prozentpunkten zwischen 2004 und 2007. Die Differenzen, die den von den Parteien im Fragebogen gelieferten Daten beruhen und in Abbildung 33 dargestellt sind, betragen 0.33 Prozentpunkte für L'Oréal und -0.01 Prozentpunkte für YSL. Es ergeben sich somit keine Marktanteilsveränderungen, die aus volkswirtschaftlicher Sicht ins Gewicht fallen. Berechnete man das von den Parteien verlangte geometrische Mittel, ergibt dies basierend auf den ASCOPA-Angaben (Rz 696) eine durchschnittliche Marktanteilsänderung für L'Oréal von 0.4 % und für YSL von 0.16 %. Basierend auf den von den Parteien eingereichten Zahlen (Rz 716) resultieren geometrische Mittelwerte von 0.31 % für L'Oréal und 0.19 % für YSL.⁶⁰⁵ Daraus ist ersichtlich, dass die Wettbewerbsbehörden auf die für die Parteien vorteilhafteren Differenzen abstellen und die von den Parteien geforderte Berechnungsweise ihre eigene Position schwächt. Insgesamt kann aus den Angaben ersehen werden, dass sich die Marktanteile von L'Oréal und YSL kaum merklich verändern, was die Feststellungen der WEKO bestätigt. Die Beanstandungen von L'Oréal/YSL sind also unabhängig von der Berechnungsweise der Marktanteilsveränderungen unberechtigt.

718. Estée Lauder meint, die Produktkategorisierung verschleierte die Volatilität der Marktanteile. Dieser Vorwurf ist unbegründet. Auch eine Aufteilung der Märkte in die die Pflege, Make-up und Parfüms zeigt nicht, dass die Marktanteile volatil wären. Wie aus der Darstellung der Marktanteilsveränderungen in Anhang VI ersichtlich ist, stellen der Pflegemarkt und der Make-up-Markt geradezu exemplarisch dar, wie wenig sich die Marktanteile verändert haben.

719. Bei den Pflegeprodukten verzeichnen einzig Clarins, Estée Lauder und P&G zwischen 2004-2007 Marktanteilsveränderungen von über [...] %, nämlich [...] %, 2.69 % und 2.88 %. Solche Marktanteilsveränderungen in einem Zeitraum von vier Jahren sind im vorliegenden Fall nicht geeignet, eine Volatilität der Marktanteile zu beweisen. Betrachtet man dazu die Marktanteilsverschiebungen der übrigen 22 Konkurrenten, die im Bereich zwischen 1 % und 0 % lagen, drängt sich erst recht kein anderer Schluss auf.

720. Die Marktanteilsveränderungen auf dem Markt für Make-up verlaufen sehr ähnlich. Die grössten Marktanteilsverschiebungen ergeben sich zwischen 2004-2007 für Chanel mit 2.49 %, Estée Lauder mit 2.33 %, YSL mit 3.13 % und Coty/Lancaster mit [...] %. Auch diese Marktanteilsveränderungen fallen mit Ausnahme von [...] kaum ins Gewicht. In Anbetracht dessen, dass die Marktanteilsveränderungen der übrigen 15 aufgeführten Unternehmen unter 2 % lagen, kann auch hier nicht von einer Volatilität der Marktanteile gesprochen werden. Was Coty/Lancaster betrifft, so entschied das Unternehmen keine Make-up-Produkte im Bereich der Prestige-/Luxuskosmetik mehr zu vertreiben, sondern den Vertrieb auf den Massmarket zu beschränken.⁶⁰⁶ Die Umsatzzahlen, die Coty mit dem Massmarket erzielt hatte, figurieren nicht mehr in den ASCOPA-Darstellungen. Dies erklärt den vergleichsweise bedeutenden [...].

721. Im Bereich der Parfüms lassen sich teilweise merkliche Marktanteilsveränderungen ersehen. Konkret fallen zwischen 2004 und 2007 die Änderungen von P&G (+8 %), Deurocos ([...] %) und DP Diffusion (-4.53 %) auf. Die Marktanteilsveränderungen von L'Oréal betragen 3 % und bewegen sich somit immerhin mehr als diejenigen der übrigen Marktteilnehmer. Im Vergleich betragen die von L'Oréal bevorzugten geometrischen Mittel der Marktanteilsveränderungen für P&G 0.97 %, für Deurocos [...] %, DP Diffusion 1.16 % und L'Oréal 0.89 %.

⁶⁰⁵ Vgl. zur Berechnung des geometrischen und arithmetischen Mittel JOSEF SCHIRA, Statistische Methoden der VWL und BWL, 2005, 43 ff. bzw. 47 ff.

⁶⁰⁶ Act. 195, Frage 5, Beilage 3.

⁶⁰⁷ Vgl. Act. 486.074 (Dolce & Gabbana), Act. 486.76 (Versace).

722. In Bezug auf die Marktanteilsveränderungen von P&G und Deurocos sei erneut auf die bereits gemachten Ausführungen verwiesen (Rz 542). Die Veränderung ist auf eine Verschiebung im Vertrieb gewisser P&G-Marken zurückzuführen, die zuerst von Deurocos und später von P&G selbst vertrieben wurden. Die Marktanteilsveränderungen deuten daher nicht auf funktionierenden Wettbewerb hin. D.P. Diffusion stellte 2006 ihre Geschäftstätigkeit ein, wobei die von ihr vertriebenen Marken an andere Marktteilnehmer veräussert wurden. P&G erwarb die Marke Dolce&Gabbana und Parfums de Luxe die Marke Versace.⁶⁰⁷ Auch hier gingen die Marktanteile mit der Marke auf andere Unternehmen über. Die Marktanteilssteigerungen von L'Oréal fallen zwar im Vergleich zu den übrigen Konkurrenten höher aus, sind aber mit 3 % innerhalb von vier Jahren immer noch moderat. Sie ist auf den zusätzlichen Vertrieb der Marken Viktor&Rolf (2006) und vor allem Diesel (2007) zurückzuführen. Betrachtet man diese Marktanteilsveränderungen wiederum im Zusammenhang mit den übrigen 21 Konkurrenten, ist ersichtlich, dass sich die Marktanteile innerhalb des Marktes kaum veränderten. 18 verzeichnen Marktanteilsverschiebungen von unter 1 % inner vier Jahren und drei bis 1.6 %. Dagegen blieben die Marktanteile der übrigen Marktteilnehmer weitgehend stabil.

723. Zusammenfassend steht also fest, dass auch eine Betrachtung der einzelnen Märkte den Schluss nicht zulässt, die Marktanteile seien volatil. Marktanteilsveränderung einzelner Marktteilnehmer im Umfang von 3 % im Zeitraum von vier Jahren vermögen vorliegend nicht aufzuzeigen, dass in einem der Märkte aktueller Wettbewerb herrscht.

724. Schliesslich ist in Bezug auf die Kritik von Coty zu erwidern, dass das Unternehmen nicht darzulegen vermag, inwiefern Autos, Camrecorder und Kameras mit Kosmetikprodukten vergleichbar sein sollen. Ferner ist zu bedenken, dass Prestige- bzw. Luxuskosmetikprodukte von jedermann mehrere Male im Jahr gekauft werden. Im Gegensatz dazu verfügen Produkte wie Autos oder Camrecorders und Kameras über eine wesentlich längere Lebensdauer. Die Nachfragestruktur dürfte sich allein daher stark unterscheiden. Erwartungsgemäss sollte der Kosmetikmarkt aufgrund der umgesetzten Mengen eben gerade viel dynamischer sein, als die herangezogenen Vergleichsprodukte.

725. Diesen Mangel vermag Coty auch nicht mit dem Hinweis zu beheben, die Vergleichsmärkte seien kompetitiv. Für Camrecorders und Kameras bringt Coty keinen Beleg vor, der ihren Standpunkt untermauert. Das diesbezügliche Vorbringen ist folglich eine blosser Behauptung. Um darzulegen, dass der Automobilsektor kompetitiv sei, verweist Coty auf einen Bericht der EU-Kommission⁶⁰⁸ zur Bewertung der Verordnung (EG) Nr. 1400/2002⁶⁰⁹ über Vertrieb, Instandsetzung und Wartung von Kraftfahrzeugen (Vo 1400/2002). Vo 1400/2002 galt während der hier interessierenden Zeitspanne.⁶¹⁰

726. Der zweite Erwägungsgrund von Vo 1400/2002 erklärt, dass die Kommission die Verordnung schuf, weil die Erfahrung im Kraftfahrzeugsektor gezeigt hätten, dass für diesen Wirtschaftszweig strengere Regelungen erforderlich seien, als in der Verordnung (EG) Nr.

2790/1999 der Kommission vom 22. Dezember über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 des Vertrags auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen.⁶¹¹ Der Bericht der EU-Kommission erklärt auf Seite 2 konkret, die strengere Regelung sei notwendig gewesen, weil es "zu einer Reihe von sektorspezifischen Wettbewerbsproblemen [gekommen sei], darunter hartnäckige Versuche bestimmter Kfz-Hersteller, den EU-Binnenmarkt aufzuteilen sowie wegen Prognosen einer zunehmenden Konzentrationen unter den Kfz-Herstellern und wegen der Gefahr eines eingeschränkten Wettbewerbs auf den Reparatur- und Wartungsmärkten". Diese Passagen implizieren, dass der Wettbewerb im Kraftfahrzeugsektor gerade nicht einwandfrei funktionierte. Daraus ist ersichtlich, dass ein Vergleich mit dem Kraftfahrzeugsektor von vornherein ungeeignet ist, um darzulegen, die Marktanteilsentwicklungen auf dem vorliegenden Markt entsprechen Entwicklungen auf kompetitiven Märkten.

727. Ferner übergeht Coty zusammen mit weiteren Parteien den Umstand, dass die Wettbewerbsbehörden die Marktanteilsentwicklungen nicht isoliert betrachten und daraus auf Kollusion schliesst. Vielmehr rückten sie die Marktanteilsentwicklungen in den Gesamtzusammenhang eines Informationsaustausches. Das Sekretariat berechnete dabei zuerst die Preisentwicklungen der meistverkauften Produkte in den drei Märkten Parfüms, Pflege und Make-up und setzte die Resultate dieser Analyse in Bezug zum entsprechenden LIK Toilettenartikel. Bereits diese Preisentwicklungsanalyse ist ein sehr starkes Indiz für die kollusiven Auswirkungen des Informationsaustauschs. Dazu kommt der Umstand, dass sich die Preiskurven der beobachteten Parteien nicht senken. Dies steht im Gegensatz zu der Preiskurve des LIK-Toilettenartikel, die insgesamt absinkt. Die Betrachtung der Marktanteilsentwicklungen stellt im Zusammenhang mit diesen Preisentwicklungen, einen weiteren Indikator dafür dar, dass der Wettbewerb nicht wirksam war (vgl. Rz 541, 548, 555).

728. Soweit die Parteien vorbringen, der Massmarkt vermöchte für genügenden Aussenwettbewerbsdruck zu sorgen, wird dies durch die geschilderten Preis- und Marktanteilsentwicklungen sowie die bestehende Korrelation zwischen den Brutto- sowie Nettopreisen widerlegt.

⁶⁰⁸ Abrufbar unter: http://ec.europa.eu/competition/sectors/motor_vehicles/documents/documents.html.

⁶⁰⁹ ABl. 2002 L 203/30 ff.

⁶¹⁰ In der Folge erliess die Kommission Verordnung (EU) Nr. 461/2010 der Kommission vom 27. Mai 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen im Kraftfahrzeugs, ABl. 2010 L 129/52. Vo 461/2010 trat am 1. Juni 2010 in Kraft (Art. 8 Vo 461/2010).

⁶¹¹ ABl. 1999 L 336/21 ff.

(ii) Potenzieller Wettbewerb

729. Da kein genügender aktueller Wettbewerb gegeben ist, der eine Wettbewerbsbeschränkung ausschliessen könnte, ist nachfolgend der potenzielle Wettbewerb zu untersuchen. Gegenstand dieser Untersuchung ist die Frage, ob der bevorstehende Markteintritt eines Unternehmens in den Markt disziplinierende Wirkung auf die bereits im Markt tätige Unternehmen hat.⁶¹² Eine solche disziplinierende Wirkung durch die potenzielle Konkurrenz ist nur anzunehmen, wenn es mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu Markteintritten kommt. Der Eintritt muss darüber hinaus genügend rasch erfolgen und zusätzlich sollte das eintretende Unternehmen genügend gross sein, um für funktionierenden Wettbewerb zu sorgen.⁶¹³

730. Die Auswirkungen des Informationsaustausches bis zum Jahre 2008 wurden bereits dargestellt, womit sich eingehende Ausführungen zu den während dieser Periode gemachten Neueintritten erübrigen. Es hat sich gezeigt, dass sich die Preise der Bestseller-Produkte gemeinsam und über dem Inflationsniveau in die Höhe bewegt haben. Daraus kann abgeleitet werden, dass bevorstehende Eintritte neuer Unternehmen während der Untersuchungsperiode das Marktverhalten der Parteien nicht genügend zu disziplinieren vermochte.

731. Dessen ungeachtet sei angemerkt, dass die Eintrittsbarrieren auf dem vorliegenden Markt hoch sind. Der Konsum eines Produktes wird vom Prestige bzw. Image einer Marke beeinflusst.⁶¹⁴ Das bedeutet, eine neu in den Markt eintretende Marke muss sich ein solches Image zuerst aufbauen. Dies bedingt hohe Werbeinvestitionen (vgl. Rz 491) und nimmt mehrere Jahre in Anspruch.

732. Zudem gilt es zu bedenken, dass sämtliche weltweit tätigen Unternehmen (vgl. Rz 1) bereits auf dem Schweizer Markt tätig sind und am Informationsaustausch teilnahmen. Entsprechend gab es während der Untersuchungsperiode keine Neueintritte eines weltweit tätigen Unternehmens in den Markt. Es gibt auch keine Hinweise, dass neue Unternehmen in den Markt eintreten werden. Der Marktzutritt von kleinen Unternehmen hätte bei der vorliegenden Ausgangslage keinen nennenswerten Einfluss auf das Verhalten der grösseren und etablierten Unternehmen, da ihnen die Abnehmer nur sehr beschränkt ausweichen könnten (vgl. Rz 747).

733. Die Parteien weisen auf eine Reihe von neuen Produkten hin, die von ihnen in der Untersuchungsperiode lanciert wurden. Sie lassen dabei ausser Acht, dass im Rahmen der potenziellen Konkurrenz zu untersuchen ist, ob ein bisher noch nicht auf dem Markt tätiges Unternehmen in der Lage ist, neu in den Markt einzutreten. Der Eintritt einer neuen Marke eines bereits im Markt tätigen Unternehmens stellt keine potenzielle Konkurrenz dar.⁶¹⁵

734. Schliesslich ist zu bedenken, dass die relevanten Märkte weitgehend stagnieren (Rz 694 f.). Der Neueintritt eines bisher noch nicht auf dem Markt tätigen Unternehmens ist dadurch noch unwahrscheinlicher.⁶¹⁶ Denn der Neueinsteiger kann nur in den Markt eintreten, indem er die Marktanteile eines bereits auf dem Markt etablierten Unternehmens gewinnt. Ein Neueintritt ist also nur

durch Verdrängung möglich. Um etablierte Marken zu verdrängen, muss ein umso höherer Werbeaufwand betrieben werden.

735. Zusammenfassend steht somit fest, dass bedeutende Markteintrittsschranken bestehen und die potenzielle Konkurrenz keine genügende disziplinierende Wirkung auf die Parteien hatte.

(iii) Stellung der Marktgegenseite

Vorbringen der Parteien

736. Die Vorbringen der Parteien überschneiden sich in weiten Teilen. Die Argumente lassen sich daher in Gruppen zusammenfassen.⁶¹⁷ Die Verhandlungsmacht der Marktgegenseite wird aus folgenden Umständen abgeleitet:

737. Die meisten Parteien bringen vor, dass vor allem Retailer wie Marionnaud, Import, Manor, Douglas, Globus und Sunstore, aber auch Beauty Alliance, Jelmoli und Dropa wichtige Handelspartner von ihnen seien. Clarins, Dior, und PC Parfums erzielen ca. [...] % und Tschanz ca. [...] % seiner Umsätze mit [...] dieser Retailer. Chanel erwirtschaftete ca. [...] % seines Umsatzes mit [...] dieser Handelspartner, Coty über [...] % mit [...] dieser Unternehmen (davon [...] % mit [...] Unternehmen). Auch Bergerat will mit vier Handelspartnern sehr hohe Umsätze erzielt haben. Bulgari nennt zwei zentrale Handelspartner. Sisley meint, die Hersteller seien darauf angewiesen, dass ihre Waren abgesetzt würden.

738. Clarins, L'Oréal, YSL und Coty weisen auf die hohe Konzentration des Detailhandels hin. Coty bringt vor, der HHI im Detailhandel sei sehr hoch, die WEKO sei bei einem tieferen HHI von einer kollektiven Marktbeherrschung ausgegangen.

⁶¹² Vgl. etwa Horizontal Merger Guidelines, U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, Issued: August 19, 2010, Punkt 9 (in der Folge: U.S. Merger Guidelines); Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäss der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. 2004 C 3/5, Rz 68 ff. (in der Folge: EU-Leitlinien für horizontale Zusammenschlüsse); RPW 2008/1, 228 Rz 57, *TDC Switzerland AG/Swisscom Fixnet AG betreffend schneller Bitstromzugang*.

⁶¹³ U.S. Merger Guidelines (Fn 612), Punkt 9.1-9.3; EU-Leitlinien für horizontale Zusammenschlüsse (Fn 612), Rz 74 f.; RPW 2008/1, 228 Rz 57, *TDC Switzerland AG/Swisscom Fixnet AG betreffend schneller Bitstromzugang*.

⁶¹⁴ Vgl. auch Act. 216, Protokoll European Forecasts, 2. Juli 2009, S. 4.

⁶¹⁵ Vgl. Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 383 f. E. 9.2.1, *Implemia (Ticino) SA/WEKO*; RPW 2005/3, 467 Rz 69 ff., *Reorganisation des Biomilchmarktes*.

⁶¹⁶ Vgl. auch EU-Leitlinien für horizontale Zusammenschlüsse (Fn 612), Rz 72.

⁶¹⁷ Zu den einzelnen Vorbringen vgl. Act. 423, Rz 185 ff.; Act. 427, Rz 296 ff.; Act. 434, Rz 54 f.; Act. 429, 17; Act. 430, 14; Act. 435, Rz 150, 205; Act. 425, 44; Act. 422, Rz 221 ff.; Act. 439, Rz 179; Act. 431, Rz 94 f., Rz 148; Act. 440, 121 ff.; Act. 441, 124 ff.; Act. 442, Rz 161.

739. Bulgari bringt zudem vor, Import (Coop) und Globus (Migros) gehörten zu zwei Unternehmen, deren Marktmacht in der Vergangenheit von der WEKO geprüft worden sei. Ähnlich argumentieren L'Oréal, YSL und Chanel, welche zudem zu bedenken geben, dass Marionnaud und Douglas internationale tätige Handelsketten seien. Auch Estée Lauder leitet bereits aus der Grösse der Händler ab, sie besässen Verhandlungsmacht. La Prairie hebt die Marktstärke von Beauty Alliance hervor, die Marketingorganisation handle die Marketinginvestments mit den einzelnen Marken aus und verteile diese an ihre Mitglieder.

740. Clarins führt aus, die Händler bestimmten, wo und wie die Produkte in ihren Läden platziert würden. Gemäss l'Oréal und YSL bestimmen die Händler ihre Sortiment und nicht die Hersteller/Distributoren. Die Geschäftsbedingungen zwischen L'Oréal und YSL zu den Detailhändlern variere stark.

741. Schliesslich bringen Clarins, Wodma, Bergerat, Tschanz, Coty, Estée Lauder, La Prairie/Juvena, Dior und PC Parfums vor, die Nachfragemacht spiegle sich in den hohen Rabatten wieder, die den Händlern gewährt würden. Die Angaben der Parteien belaufen sich auf [...] % und bis zu [...] % für Rabatte sowie bis zu [...] % für Jahresendrabatte. Coty beruft sich zudem auf sein Gutachten, wonach die Händler ihre Marktmacht nutzen und hohe Rabatte erzwingen würden.

Würdigung der Nachfragemacht

742. Da weder die aktuelle noch potenzielle Konkurrenz ausreichen, um die erhebliche Wettbewerbsbeschränkung auszuschliessen, wird die Stellung der Marktgegenseite analysiert.

743. In der Schweiz vereinigen 10 Unternehmen auf Hersteller- und Distributoren-Seite rund 80-85 % des gesamten Schweizer Luxus-Kosmetikmarktes auf sich:

- Beiersdorf ist global tätig und die Muttergesellschaft der Prairie-Group (La Prairie/Juvena). Beiersdorf erwirtschaftete 2009 einen Umsatz von 5,7 Mrd. EUR.⁶¹⁸
- Chanel ist weltweit tätig und nicht börsenkotiert.⁶¹⁹ Die weltweiten Umsatzzahlen sind nicht erhältlich. Fest steht allerdings, dass Chanel nicht nur weltweit zu den erfolgreichsten Marken gehört,⁶²⁰ sondern gemäss European Forecast 2008 im gesamten Schweizerischen Luxus-Kosmetikmarkt zu den Top 5 Marktführern gehört⁶²¹ und gemäss eigenen Angaben im Jahr 2008 in der Schweiz einen Umsatz von rund [0-50] Mio. CHF generierte.⁶²²
- Clarins gehört gemäss derselben Studie ebenfalls zu den Top 5 Kosmetikmarken.⁶²³ Clarins ist weltweit tätig und wie Chanel nicht börsenkotiert. Die weltweiten Umsatzzahlen sind nicht bekannt. Clarins hat [...] Filialen und unterhält Verträge mit über [...] Vertriebsgesellschaften.⁶²⁴ Gemäss Geschäftsleitung erzielte Clarins 2008 in der Schweiz Umsätze im Umfang von rund [0-70] Mio. CHF.⁶²⁵
- Coty ist ein weltweit tätiges Unternehmen mit einem Umsatz im Jahr von 3,6 Mrd. USD.⁶²⁶

- Dior gehört zur LVMH-Gruppe mit einem Jahresumsatz von 20,3 Mrd. EUR.⁶²⁷ Dior ist weltweit tätig und erwirtschaftete 2008 einen Umsatz von rund 17,9 Mrd. EUR 16 % davon wurden durch den Verkauf von Kosmetikprodukten erwirtschaftet.⁶²⁸
- Estée Lauder verkauft ihre Produkte gemäss dem Jahresbericht 2008 in 140 Ländern, vertreibt 29 Marken und generierte einen Gesamtumsatz von 8 Mrd. USD.⁶²⁹
- L'Oréal verkauft seine Produkte in 130 Ländern, vertreibt 23 weltweite Marken und erzielte im Jahr 2009 einen Gesamtumsatz von 17,5 Mrd. EUR.⁶³⁰ 2008 übernahm L'Oréal Yves Saint Laurent.
- Die (Netto-)Umsätze von der weltweit tätigen Procter & Gamble betragen im Jahr 2008 rund 79,2 Mrd. USD.⁶³¹
- Wodma 41 war in der Untersuchungsperiode unter anderem Vertreter von Sisheido und Jean Paul Gaultier. Gemäss European Forecast belegten Sisheido und Jean Paul Gaultier im Jahr 2008 Platz 12 und 18 der meistverkauften Kosmetikmarken in der Schweiz.⁶³² Wodma erzielte 2008 Umsätze in der Höhe von 28,5 Mio. CHF.

744. Wie aus dieser Auflistung hervorgeht, sind auf den relevanten Märkten grosse und internationale tätige Hersteller bzw. im Fall von Wodma 41 Distributoren tätig. Diesen stehen auf der Marktgegenseite etwa sechs bedeutende Retailer und die Beauty Alliance gegenüber, welche insgesamt 80-85 % Marktanteile auf sich vereinigen.

- Beauty Alliance ist eine Aktiengesellschaft, deren rund 110 Mitglieder rechtlich selbständige Parfümerien, Apotheken und Drogerien sind. Beauty Alliance übernimmt für seine Mitglieder u.a. die Ra

⁶¹⁸ <http://www.annualreport2010.beiersdorf.com/de/konzernlagebericht/ertrags-vermoegens-und-finanzlage.html>.

⁶¹⁹ <http://investing.businessweek.com/research/stocks/private/snapshot.asp?privcapId=5490782>.

⁶²⁰ http://images.businessweek.com/ss/08/09/0918_best_brands/61.htm; <http://www.rankingthebrands.com/Brand-detail.aspx?brandID=64>.

⁶²¹ Act. 217, 4 f.

⁶²² Act. 136, Frage 5.

⁶²³ Act. 217, 4 f.

⁶²⁴ <http://int.clarins.com/about-clarins/yesterday-and-today/clarinsgroup-a-brief-history/66/>.

⁶²⁵ Act. 168, Frage 5.

⁶²⁶ http://www.coty.com/#/about_coty/key_figures.

⁶²⁷ http://www.lvmh.com/comfi/pg_enbref.asp?rub=7&srub=0; http://www.lvmh.com/comfi/pg_activites.asp?rub=7&srub=2&t=3.

⁶²⁸ http://www.dior-finance.com/en/pdf/slides_ag2009_en.pdf.

⁶²⁹ Abruflbar unter: <http://phx.corporate-ir.net/phoenix.zhtml?c=109458&p=irol-reportsannual>.

⁶³⁰ http://www.loreal.com/_en/_ww/html/our-company/facts-figures/group-profile.aspx?

⁶³¹ <http://www.annualreport.pg.com/annualreport2010/financials/index.shtml>.

⁶³² Act. 217, 4 f.

batt- und Boniverhandlungen mit den grössten Kosmetiklieferanten für seine Mitglieder.⁶³³ Die Marktanteile von Beauty Alliance betragen zwischen 5-10 %.

- Coops (Import) Jahresumsatz betrug 2008 rund 18,1 Mrd. CHF.⁶³⁴ Davon sind rund 162,6 Mio. CHF Import zuzurechnen.⁶³⁵
- Die Douglasgruppe ist europaweit tätig, unterhielt 2008/2009 rund 1200 Verkaufsgeschäfte und generierte 2008/2009 in Europa im Kosmetikbereich einen Umsatz von 1,84 Mrd. EUR.⁶³⁶
- Manor erzielte 2010 einen Gesamtumsatz von ca. 3 Mrd. CHF.⁶³⁷ 2008 betrug der mit Kosmetikprodukten erzielte Umsatz rund 130 Mio. CHF.⁶³⁸
- Marionnaud gehört zur Watson Group, unterhält ca. 1200 Verkaufsstellen in 13 Ländern und erwirtschaftet durchschnittlich 1,1 Mrd. EUR Umsatz pro Jahr.⁶³⁹
- Migros (Globus) mit einem Jahresumsatz im 2008 von 25,7 Mrd. CHF.⁶⁴⁰ Der Umsatz von Globus mit Kosmetikprodukten betrug 2008 rund 78,8 Mio. CHF.⁶⁴¹
- Amavita und Sun Store gehören zur Galenica-Gruppe, welche 2010 rund 3,1 Mrd. CHF Umsatz erzielte. Mit dem Retail-Geschäftsbereich erzielte die Galenica-Gruppe einen Umsatz von 1,1 Mrd. CHF⁶⁴², wobei rund 19 Mio. CHF auf Kosmetikprodukte der Amavita entfielen.⁶⁴³ Sun Store

konnte seine Umsatzangaben für das Jahr 2008 nicht nach Produktkategorien liefern. Das Unternehmen hat gemäss Angaben von GaleniCare 2010 einen Umsatz von rund 307 Mio. CHF erzielt,⁶⁴⁴ wobei gemäss Presse 60 % seines Umsatzes mit nicht Rezeptpflichtigen Produkten erwirtschaftet worden sei.⁶⁴⁵ Die Umsätze mit Kosmetikprodukten sind daher etwa auf demselben Niveau wie Globus. Diese Einschätzung stimmt überein mit den Marktanteilsschätzungen des Gutachtens von Puig zum Parfümmarkt.⁶⁴⁶

- Jelmoli erzielt insgesamt einen Umsatz 2010 von rund 134,2 Mio. CHF.⁶⁴⁷ Jelmoli war nicht in der Lage dem Sekretariat die Umsatzzahlen zu liefern, welche das Unternehmen mit Kosmetikprodukten erzielt. Daher müsste der Umsatz geschätzt werden. Davon kann vorliegend Umgang genommen werden, da Jelmoli mit Kosmetikprodukten bestenfalls Umsätze in der gleichen Höhe wie Globus und Sun Store aufweist. Bei dieser Einschätzung ist zu beachten, dass Jelmoli nebst Kosmetikartikeln Kleidung, Schuhe und weitere Modeaccessoires, Einrichtungsgegenstände für Schlafzimmer und Küche, Sport- und Freizeitprodukte sowie Esswaren verkauft und ferner ein Restaurant betreibt.

745. Es steht also fest, dass auch auf der Marktgegenseite grosse Unternehmen tätig sind, welche teilweise international tätig sind. Abbildung 34 ermöglicht die folgende Übersicht:

Abbildung 34:

Zeitraum	Hersteller/ Distributor	Gesamtumsätze Gruppe	Umsätze mit Kosmetik- produkten		Zeitraum	Händler	Gesamtumsätze Gruppe	Umsätze mit Kosme- tikprodukten	
2008	Estée Lauder	\$ 8 Mia	\$ 8 Mia	W E L T W E I T	2008	Globus (Migros)	CHF 25.7 Mia.	CHF 78,8 Mio.	S C H W E I Z W E I T
2008	L'Oréal (YSL)	€ 17,5 Mia	€ 17,5 Mia		2008	Coop (Im- port)	CHF 18,1 Mia	CHF 162, 6 Mio.	
2008	Dior	€ 17, 9 Mia	€ 2,9 Mia		2008	Manor	CHF 3 Mia.	CHF 130 Mio.	
2010	Coty	\$ 3,6 Mia	\$ 3,6 Mia		2008/2009	Douglas	€ 1,84 Mia	€ 1,84 Mia	
2008	Procter & Gamble	79,2 Mia			Durchschnitt	Marionnaud	€ 1.1 Mia.	€ 1.1 Mia.	
2009	La Prairie/Juvena (Beiersdorf)	€ 5.7 Mia	€ 5.7 Mia		2010	Sunstore +Amavita (Galenica)	CHF 3.1 Mia.	CHF ca. 70-80 Mio.	
2008	Chanel	laut EFC in den Top 5 im Schweizer Markt	ca. CHF [0-50] Mio.,	S C H W E I Z W E I T	2010	Jelmoli		nicht bekannt	
2008	Clarins	laut EFC in den Top 5 im Schweizer Markt	ca. CHF [0-70] Mio.,						
2008	Wodma 41	/	CHF 28'552'000						

⁶³³ <http://www.beauty-alliance.ch/de/zusammenarbeit/geschaeftsfelder/>.

⁶³⁴ <http://www.wirtschaft.ch/Coop+steigert+Jahresumsatz+um+15+1+Prozent/329872/detail.htm>.

⁶³⁵ Act. 142, Frage 4.

⁶³⁶ <http://www.douglas-holding.com/index.php?id=528>.

⁶³⁷ <http://www.manor.ch/de/zahlen/facts-kennzahlen.html>.

⁶³⁸ Act. 134, Frage 4.

⁶³⁹ http://www.aswatson.com/eng/retail_hb_marionnaud.html.

⁶⁴⁰ <http://www.wirtschaft.ch/Rekordumsatz+fuer+die+Migros/330820/detail.htm>.

⁶⁴¹ Act. 162, Frage 4.

⁶⁴² <http://www.galenica.com/wAssetsGalenica/bin/de/publikationen/in-brief/2010/110314-Galenica-in-Kuerze-DE.pdf>.

⁶⁴³ Act. 125, Frage 4.

⁶⁴⁴ Geschäftsbericht, 35, abrufbar unter: <http://www.galenica.com/wAssetsGalenica/bin/de/ueber-galenica/110313-Retail-DE.pdf>.

⁶⁴⁵ http://www.nzz.ch/nachrichten/wirtschaft/aktuell/galenica_setzt_voll_auf_pharma_1.5233115.html.

⁶⁴⁶ Act. 426 Beilage 2, 9.

⁶⁴⁷ http://www.nzz.ch/finanzen/nachrichten/weniger_umsatz_bei_jelmoli_1.7504532.html.

746. Wie aus den vorangehenden Ausführungen ersichtlich ist, sind im Luxuskosmetikmarkt in der Schweiz zahlreiche internationale Unternehmen auf beiden Marktseiten tätig. Basierend auf der Umsatzstärke der Unternehmen lässt sich kein Rückschluss auf die Marktstärke der einen oder anderen Seite ziehen. Dies gilt selbst dann, wenn man wie Bulgari, L'Oréal und YSL die Zugehörigkeit von Globus und Import zu Migros bzw. Coop unterstreicht. Denn gerade etwa L'Oréal erzielt Umsätze, die nicht unter denjenigen von Migros und Coop liegen. Ferner ist unbestritten, dass diese beiden Retailer schwergewichtig mit Lebensmitteln handeln, weshalb ein Vergleich der Gesamtvolumen unangebracht ist.

747. Die Hersteller und Distributoren blenden ferner den Umstand aus, dass sie sehr starke Marken im Portfolio halten. Das Renommee der erwähnten Unternehmen bzw. deren Marken sind notorisch und braucht nicht näher bewiesen zu werden. Die Retailer in der Schweiz haben daher ein grosses Interesse, diese Marken in ihr Sortiment aufzunehmen. Viele Konsumenten erwarten im Fachgeschäft ein umfassendes Sortiment vorzufinden. Wie die Gespräche mit Import bestätigt haben, ist es selbst für einen starken Marktteilnehmer zentral, die renommiertesten Marken im Sortiment zu führen.⁶⁴⁸ Daraus ist gleichzeitig ersichtlich, dass es für die Beurteilung der Verhandlungsmacht keine entscheidende Rolle spielt, ob ein Unternehmen eine starke Marke selbst herstellt oder nur vertreibt.

748. Die Verhandlungsposition der Hersteller wird zusätzlich durch ihre internationale Tätigkeit gestärkt. Sie bieten auf verschiedenen Märkten an, wobei die Schweiz am Gesamtumsatz eine vergleichsweise kleine Rolle spielt.⁶⁴⁹

749. Gleichzeitig fügen die Parteien zu Recht an, dass auch gewisse Retailer eine bedeutende Verhandlungsstellung haben. Zentral ist die Marktstellung im jeweiligen Markt bzw. die nachgefragte Menge. So ist davon auszugehen, dass insbesondere Import als rein nationaler Abnehmer, aufgrund seiner Marktstellung ein bedeutender Handelspartner ist. Die Verhandlungsposition von Marionnaud und Douglas wird ergänzend zu ihren Marktanteilen, durch den Umstand gestärkt, dass die Unternehmen international tätig sind. Im Unterschied dazu sind vor allem Unternehmen wie Globus, Sun Store, Amavita und Beauty Alliance aufgrund ihrer Marktgrösse und rein nationalen Ausrichtung gegenüber den grössten internationalen Unternehmen im Nachteil. Dieser Umstand ist bereits aus den verschiedenen Rabattkonditionen ersichtlich, welche ein differenziertes Bild aufzeigen.⁶⁵⁰ Dies kann ein Indiz für eine gewisse Verhandlungsmacht der Händler sein. Hingegen war die Verhandlungsposition der Marktgegenseite insgesamt nicht genügend stark, um die Kollusion gegenüber sämtlichen Händlern zu destabilisieren.

750. Aus der Gesamtbetrachtung der Grösse der Marktteilnehmer, lassen sich demnach weder Indizien für eine eindeutig überwiegende Verhandlungsmacht der Hersteller noch der Retailer gewinnen.

751. Wie aufgeführt, bringen die Parteien vor, die Nachfrage sei konzentriert, weshalb diese über grosse Verhandlungsmacht verfüge. Diese Einschätzung ist aus ökonomischer Sicht unzutreffend. Nachfragemacht ist

nicht *per se* gegeben, wenn die Nachfrage konzentriert ist. Vielmehr ist entscheidend, ob der Nachfrager in der Lage ist, Versuche der Anbieter die Preise zu erhöhen, entgegenzuwirken.⁶⁵¹ Wie bereits aufgezeigt, sind die Bruttopreise der Bestseller-Produkte zwischen 2004-2008 konstant und in erheblichem Masse angestiegen, was zeigt, dass die Retailer gerade nicht dazu in der Lage waren.

752. Abgesehen davon trifft es nicht zu, dass die Nachfrage stark konzentriert ist. Dies lässt sich bereits aus der obigen Gegenüberstellung der Hersteller/Distributoren und den Händlern ersehen. Folgt man darüber hinaus der Darstellung der Marktanteile der von Puig eingereichten Studie für den Parfümmarkt verteilen sich die Marktanteile folgendermassen: Import 27 %, Marionnaud 17 %, Manor 14 %, Sun Store 7 %, Beauty Alliance 6 %, Globus 5 % und Douglas 5 %. Das ergibt einen Herfindahl-Hirschmann-Index (HHI) von 1349. Die europäische Kommission betrachtet bei der Fusionskontrolle einen HHI zwischen 1000-2000 als unbedenklich, wenn durch die Fusion der Deltawert durch die Fusion (Differenz HHI vor und nach Fusion) unter 250 liegt.⁶⁵² Mit anderen Worten deutet ein HHI in der Höhe von 1349 nicht auf eine besonders hohe Marktkonzentration hin.⁶⁵³

753. Schliesslich darf auch bei der Betrachtung der Verhandlungsmacht nicht übersehen werden, dass diese von Verhandlungspunkt zu Verhandlungspunkt variieren kann. Gegenstand der Verhandlungen zwischen den ASCOPA-Mitgliedern und den Händlern waren unter anderem die Produktplatzierung im Laden, die Ausbildung und Entlohnung der VerkäuferInnen, die Werbeanstrengungen, die zu verkaufenden Mengen um einen Jahresendvergütung zu erlangen, die generellen Rabatte auf den eingekauften Waren. Nicht Verhandlungsgegenstand waren hingegen die Bruttopreislisten (gemäss Douglas, Globus, Import, Marionnaud).⁶⁵⁴ Daraus ist ersichtlich, dass ein Händler in Bezug auf gewisse Verhandlungspunkte, wie z.B. die Produktplatzierung oder Gestaltung der Verkaufsfläche, durchaus eine starke Verhandlungsposition inne haben konnte, während er in Bezug die Preise nicht die gleiche Stärke ausspielen konnte.

⁶⁴⁸ Act. 562, Frage 10.

⁶⁴⁹ Vgl. Studie von Global Insight, Act. 442, Beilage 8, 4.

⁶⁵⁰ Vgl. etwa die Ausführungen in Act. 422, 10, 63 f.; Act. 435, 43 f.; Act. 426, 16 f.

⁶⁵¹ SIMON BISHOP/MIKE WALKER, *The Economics of EC Competition Law*, 2002, Rz 7.80.

⁶⁵² Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäss der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABI. 2004 C 31/3 ff., Rz 20.

⁶⁵³ Zum Vergleich: Bei den beiden Fusionen im Lebensmitteldetailhandel von Migros/Denner und Coop/Carre-four lag der HHI bei 3600-3700 bzw. 3900-4000; RPW 2008/1, 169 Rz 321, *Migros/Denner*; RPW 2008/4, 617 Rz 182, *Coop/Carrefour*.

⁶⁵⁴ Act. 562, Frage 22; Act. 564, Frage 21; Act. 569, Frage 24; Act. 572, Frage 23.

754. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass sowohl die Hersteller/Distributoren als auch die Händler zumindest teilweise über Verhandlungsmacht verfügen. Aus der Unternehmensgrösse der Marktteilnehmer lässt sich nichts ableiten, das auf die stärkere Stellung der einen oder anderen Seite hindeutet. Die Marktanteile der Retailer stehen den weltweit starken Marken im Portfolio der Hersteller/Distributoren gegenüber. Fest steht, dass die Retailer nicht über eine Verhandlungsposition verfügen, die es ermöglicht hätte, das von den Parteien herbeigeführte Kollusionsergebnis auf den relevanten Märkten zu destabilisieren.

(iv) Zwischenergebnis: Kein wirksamer Aussenwettbewerb

755. Um festzustellen ob wirksamer Aussenwettbewerb besteht, wurden der aktuelle Aussenwettbewerb, der potenzielle Aussenwettbewerb und die Stellung der Marktgegenseite untersucht.

756. In Bezug auf den aktuellen Aussenwettbewerb steht fest, dass sämtliche bedeutsamen Marktteilnehmer im Luxusparfümerie- und Kosmetikmarkt am Informationsaustausch beteiligt waren. Die relevanten Märkte stagnieren und die Marktanteile verändern sich kaum. Die getätigten Parallelimporte sind unbedeutend. Es gab insgesamt keinen Marktteilnehmer, der die Wirkungen des Informationsaustausches von aussen zu destabilisieren vermochte.

757. Die festgestellten Auswirkungen des Informationsaustausches während der untersuchten Periode offenbaren zudem, dass während dem Untersuchungszeitraum kein genügender potentieller Wettbewerb bestand.

758. Die Analyse der Stellung der Marktgegenseite hat schliesslich ergeben, dass weder deren Grösse, deren Konzentrationsgrad noch deren Marktposition ein Ausmass erreicht, das den mangelnden aktuellen und potentiellen Wettbewerb zu kompensieren vermochte.

759. Insgesamt steht daher fest, dass kein wirksamer Aussenwettbewerb bestand, um die festgestellte Kollusion zu destabilisieren. Im Anschluss wird der Innenwettbewerb als weiteres quantitatives Element der Erheblichkeit untersucht.

B.4.4.6.2 Innenwettbewerb

760. Die Parteien betonen, der Kosmetik- und Parfümmarkt sei sehr innovativ und es würden jährlich hunderte von neuen Marken und Produkten auf den Markt eingeführt. Es müsse der Einfluss dieser Einführungen auf den Markt untersucht werden. Estée Lauder weist darauf hin, dass zwischen den Jahren 2004-2009 ein bis zwei Duzend neue Luxusparfüms auf dem Markt lanciert worden seien und verweist dabei auf die Geschäftsberichte von Givaudan aus den Jahren 2004-2009. Darin werden zahlreiche neue Düfte aufgeführt, welche Givaudan während dieser Zeitspanne für verschiedene auf dem im schweizerischen, europäischen und amerikanischen Markt agierenden Parfümhersteller kreiert hat.⁶⁵⁵ L'Oréal/YSL leiten zudem aus der Anzahl der von ihnen registrierten Patente auf die Innovationskraft der Kosmetikindustrie.⁶⁵⁶

761. Diese Parteivorbringen beschränken sich zwar teilweise auf den Parfümmarkt sind in der Folge aber für

die drei globalen Märkte Parfüms, Make-up und Pflege getrennt zu betrachten. Da sich die Parteien auf die Produktinnovation berufen, um aufzuzeigen, dass der Wettbewerb trotz Informationsaustausch ungehindert funktioniert, ist vorab aufzuzeigen, worin Produktinnovation gemäss allgemein gültiger Definition besteht.

762. Art. 2 Ziff. 1 Vo 294/2008⁶⁵⁷ zur Errichtung des Europäischen Innovations- und Technologieinstituts enthält eine Definition des Begriffs "Innovation". Danach umschreibt Innovation den Prozess, auch die Ergebnisse dieses Prozesses, bei dem neue Ideen hervorgebracht werden, die auf gesellschaftliche und wirtschaftliche Bedürfnisse ausgerichtet sind, so dass daraus neue Produkte, Dienstleistungen oder Geschäfts- und Organisationsmodelle entstehen, die erfolgreich in bestehende Märkte eingeführt werden oder die Schaffung neuer Märkte ermöglichen.

763. Eine von der OECD und Eurostat publizierte Studie – das sogenannte "Oslo Manual" – definiert Innovation etwas weitreichender als die Umsetzung eines neuen oder bedeutend verbesserten Produktes (Gut oder Dienstleistung) oder Prozesses, einer neuen Marketing Methode oder einer neuen betriebsinternen Organisationsmethode, eine neue Arbeitsplatzorganisation oder neue äussere Beziehungen.⁶⁵⁸

764. Ergänzend ist hinzuzufügen, dass aus der Anzahl registrierter Patente in einem Sektor nicht auf die Innovationskraft eines Marktes geschlossen werden kann. Im Gegenteil sind Patente ein inadäquater Indikator für Innovation, da sie nur einen geringen Anteil des gesamten Forschungs- und Entwicklungswertes ausmachen.⁶⁵⁹

765. Vor diesem Hintergrund ist es fraglich, ob die Neueinführungen dieser Produkte überhaupt Innovationen und aufgrund ihres Innovationscharakters wettbewerbsfördernd sind.

(i) Parfüm

766. Ein neues Parfüm ist kein neues Produkt, sondern eine Differenzierung eines bereits bestehenden Produktes. Die Popularität eines neuen Duftes hängt vom Empfinden der Konsumenten ab und kann nicht objektiv gemessen werden, weshalb auch nicht von einer Verbesserung eines Produktes gesprochen werden kann. Es steht also von vornherein fest, dass die Schaffung eines neuen Duftes keine Innovation im oben genannten Sinne

⁶⁵⁵ Act. 439, Beilage 9.

⁶⁵⁶ Act. 427, Rz 152.

⁶⁵⁷ Verordnung (EG) Nr. 294/2008 des europäischen Parlaments und des Rates vom 11. März 2008 zur Errichtung des Europäischen Innovations- und Technologieinstituts, ABl. 2008 L 97/1.

⁶⁵⁸ OECD/EUROSTAT, Oslo Manual, The Measurement of Scientific and Technological Activities, Guidelines for collecting and interpreting innovation data, 2005, 46.

⁶⁵⁹ Vgl. die Studie von GIAMPIERO E.G. BEROGGI/MAY LÉVY/ELISABETH PASTOR CARDINET, Designing a model for innovation indicators from a systems perspective, International Journal of Technology, Policy and Management, Vol. 6, No. 2, 2006, 204 mit Verweis auf ZVI GRILICHES, The search for R&D spillovers, The Scandinavian Journal of Economics, Supplement, Vol. 94, 29 ff.

darstellt. Eine wirkliche Innovation kann etwa in der Einführung der Smartphones in den Mobilfunktelefonmarkt erblickt werden. Dort stand die verbesserte Funktion des Gerätes (z.B. Surfen im Internet, Musik hören) im Vordergrund. Die innovative Leistung der Parfümhersteller wird zudem durch die nachfolgenden Umstände weiter geschmälert:

767. a) Gemäss Parteigutachten kreieren weltweit vier grosse Hersteller – Givaudan, International Flavours & Fragrances (IFF), Firmenich und Symrise – ca. 90 % der Düfte, der Rest würde von kleineren Parfümeuren hergestellt. Das bedeutet, dass die Parfümhersteller die Düfte bei diesen grossen Duftherstellern einkaufen. Von den zehn erfolgreichsten Parfümherstellern – wozu auch die Parteien Puig, Estée Lauder, LVMH (Dior), P&G, Coty und L'Oréal gehören – produzierten einzig Chanel und Hermès ihre eigenen Duftessenzen.⁶⁶⁰ Die Lancierung eines neuen Duftes erfordert daher vom einzelnen Parfümhersteller keine Forschungsleistung, sondern konzentriert sich auf die Herstellung der erforderlichen Mengen und die effektive Vermarktung des gekauften Duftes.

768. b) Bei der Einführung neuer Parfüms im Luxusmarkt werden zudem keine vollkommen neuen Marken geschaffen, sondern Produkte innerhalb derselben Markenfamilien eingeführt. Gemäss European Forecast⁶⁶¹ gehören die folgenden Parfüm-Markenfamilien zu denjenigen die rund 55 % des Marktes auf sich vereinigen: Chanel, Dior, Armani, Boss, Bulgari, YSL, Calvin Klein, Gaultier, Guerlain, Davidoff, Lancôme, Mugler, Rabanne, Dolce & Gabbana, Azzaro, Hermes, Lacoste und Joop. Diese Marken schaffen typischerweise bei der Lancierung eines neuen Produktes keine vollkommen neue Marke sondern lediglich einen Zusatznamen, um das Produkt innerhalb derselben Markenfamilie zu platzieren. Z.B. führt Davidoff von seinem bereits erfolgreichen Produkt "*Davidoff Cool Water*" neu auch "*Davidoff Cool Water Deep*", "*Davidoff Cool Water Deep Sea Scent and Sun*", "*Davidoff Cool Water Deep Sommer Fizz*", "*Davidoff Cool Water Frozen*" etc. auf den Markt. Diese Vorgehensweise schmälert den Neuerungscharakter eines solchen Produktes zusätzlich. Entsprechend wurden im Untersuchungszeitraum gemäss European Forecast kaum neue Marken (wie z.B. MAC) im Sinne einer neuen Markenfamilie auf dem Luxus-Markt eingeführt.⁶⁶²

769. Obwohl die Einführung eines neuen Parfüms keine Innovation im eigentlichen Sinne ist, steht fest, dass jedes Jahr eine grosse Anzahl an Produkten lanciert wird. Dieser Umstand könnte ein Indiz für funktionierenden Wettbewerb darstellen. Hingegen spricht die Marktanteilsverteilung der Hauptkonkurrenten im Parfümmarkt gegen funktionierenden Innenwettbewerb (vgl. Rz 543). Hätten die Einführungen einen starken Einfluss gehabt, verliefen die Marktanteile der Wettbewerber nicht dermassen stabil. In einem Markt, der von tatsächlicher Innovation und wirksamem Wettbewerb geprägt ist, verhält dies sich grundlegend anders. Dies zeigt etwa die Einführung der Smartphones im Mobilfunktelefonmarkt, wo die traditionellen Anbieter von Mobilfunktelefonen beinahe vom Markt verdrängt worden wären.

770. Ein weiterer Indikator für funktionierenden Innenwettbewerb könnte im vorliegenden Fall die Werbung sein, die für die Produkteinführungen betrieben wird. Um die frischen Produkte auf dem Markt zu platzieren, ist eine wirksame Marketingstrategie zentral. Erst die Werbung erlaubt es, das Publikum von der Existenz eines neuen Duftes zu unterrichten und dem Produkt ein bestimmtes Image zu verleihen, um es von den übrigen Produkten zu differenzieren. Mit diesem Schluss stimmen auch die von Puig und Sisley eingereichten Studien überein.⁶⁶³ Im Parfümmarkt ist es daher zentral für jeden Marktteilnehmer, die Marketingstrategien der Wettbewerber zu verfolgen. Wie erwähnt (vgl. Rz 206), kann die Umsetzung der Strategie leicht am Markt beobachtet werden und ist deshalb bekannt. Interessant ist es für die Marktteilnehmer daher, die unbekannte Komponente der Werbekonzepte, also deren Kosten, zu kennen. Durch den Austausch der Werbeausgaben erreichten die Parteien diesen Einblick.

771. Insgesamt vermag die Neulancierung der Produkte im Parfümmarkt den Umstand nicht zu kompensieren, dass Preislisten, Werbeausgaben und Umsätze ausgetauscht wurden. Vielmehr wurde damit die Möglichkeit geschaffen, das Verhalten der Konkurrenten einzuschätzen und die eigene Marktstrategie daran anzupassen.

(ii) Make-up

772. Im Bereich des Make-ups können analoge Überlegungen angestellt werden. Gemäss European Cosmetics Association waren die zentralen Innovationen im Make-up-Markt die Erfindung des ersten kussfesten Lippenstiftes 1949, die Verwendung von glänzenden Pigmenten von Muschelschalen für Lidschatten zwischen 1970-1990 und die Entwicklung von natürlichen, mineralbasierenden Make-up-Produkten im 21. Jahrhundert.⁶⁶⁴ Obwohl ein gewisser Neuerungscharakter solcher Produkte unbestritten ist, kann die Lancierung eines neuen Lippenstiftes, eines neuen Lidschattens oder Mascaras keine Innovation im oben genannten Sinne darstellen. Auch hier spielt zur Platzierung eines neuen Produktes primär die Marketingstrategie eine Rolle.

⁶⁶⁰ Act. 426, Beilage 2, 5; Vgl. ferner die Websites: www.givaudan.com; www.iff.com; www.firmenich.com; www.symrise.com.

⁶⁶¹ Act. 217, 28 ff., aufgeführt sind die Bestseller-Marken für Frauen und Männer.

⁶⁶² Act. 216, Protokoll European Forecasts, 2. Juli 2009, 4.

⁶⁶³ Act. 426, Beilage 2, 22; Act. 442, Beilage 8, 47.

⁶⁶⁴ Science, Beauty and Care: Innovation in Cosmetics, Vortrag vom 7/8 Dezember 2010, 10, abgehalten von der European Cosmetics Association Colipa vor dem europäischen Parlament in Brüssel; abrufbar unter: www.colipa.eu.

(iii) Pflege

773. Gemäss Industrieverband Körperpflege- und Waschmittel konzentriert sich die Kosmetikforschung darauf, die biologischen Mechanismen zu identifizieren, die die Alterung und den Sonnenschutz der Haut beeinflussen sowie das Ergrauen und den Ausfall von Haaren.⁶⁶⁵ Gemäss Colipa spielt ferner die Forschung im Bereich der Zahnpflege eine wichtige Rolle.⁶⁶⁶ Die nach folgenden Ausführungen beziehen sich auf die Hautpflege und nicht auf die Haar- und Zahnpflege, da die Parteien keine umfassenden Informationen über diesbezügliche Produkte ausgetauscht haben.

774. Da vor allem Hautpflegeprodukte für den Sonnenschutz auch einen gesundheitsfördernden Aspekt beinhalten, ist es angezeigt, Kosmetikprodukte klar von Heilmitteln abzugrenzen. Wie erwähnt, sind kosmetische Mittel dazu bestimmt, äusserlich mit den verschiedenen Teilen des menschlichen Körpers in Berührung zu kommen und zwar zu dem ausschliesslichen oder überwiegenden Zweck, diese zu reinigen, zu parfümieren, ihr Aussehen zu verändern und oder den Körpergeruch zu beeinflussen und oder um sie zu schützen oder in gutem Zustand zu halten (Art. 35 Abs. 1 LGV und Art. 2 Abs. 1 Bst. a) Vo 1223/2009).⁶⁶⁷ Im Gegensatz dazu dienen Arzneimittel gemäss Heilmittelgesetz (HMG)⁶⁶⁸ der Erkennung, Verhütung oder Behandlung von Krankheiten, Verletzungen und Behinderungen.⁶⁶⁹

775. Die Forschung in der Kosmetikbranche muss daher klar von der medizinischen Forschung getrennt werden. Die medizinischen Forschungsergebnisse im Bereich der Dermatologie können also nicht ohne weiteres der Luxus-Kosmetikindustrie zugerechnet werden. Dies gilt auch, wenn medizinische Produkte nebst ihrem ursprünglichen Zweck, auch kosmetische Ziele erreichen (z.B. bei der Heilung von Hautverbrennungen, Narben oder Veränderungen der Hautpigmente).

776. In der Schweiz werden die zulässigen Inhaltsstoffe von kosmetischen Mitteln durch die Verordnung des EDI über kosmetische Mittel (VKos)⁶⁷⁰ festgelegt, in der EU bestimmt dies Verordnung 1223/2009. Anhang 2 VKos enthält eine Liste der Farbstoffe, die in kosmetischen Mitteln enthalten sein dürfen. Anhang 2 gibt zudem Aufschluss über den Anwendungsbereich der Farbstoffe, wie z.B., dass der Farbstoff in allen kosmetischen Mitteln zulässig ist oder nur in kosmetischen Mitteln, die nicht mit den Schleimhäuten in Verbindung kommen etc. Ferner zählt der Anhang weitere Einschränkungen (z.B. Farbstoff x darf zu max. 3 % im Endprodukt enthalten sein) und Anforderungen auf (z.B. Farbstoff y muss frei von Chromationen sein). Darüber hinaus enthält die VKos in Anhang 3 eine Liste der antimikrobiell wirksamen Stoffen, UV-Filtersubstanzen und sonstigen Stoffen, die in kosmetischen Mitteln nur unter den angegebenen Voraussetzungen enthalten sein dürfen. Anhang 4 listet schliesslich diejenigen Stoffe auf, die in kosmetischen Mitteln nicht enthalten sein dürfen. Vo 1223/2009 enthält in ihren Anhängen 1328 Stoffe, die in Kosmetikmitteln verboten sind; 153 Stoffe, die in kosmetischen Mitteln nur unter Einhaltung der angegebenen Einschränkungen enthalten sein dürfen; 56 zugelassene Konservierungsstoffe und 28 zugelassene UV-Filter. Da sich die Anforderungen für die Schweiz und die EU

grösstenteils überschneiden, genügt eine gesamthafte Betrachtung dieser Voraussetzungen.

777. Diese Vorschriften müssen von den Herstellern berücksichtigt werden. Entsprechend richtet sich die Forschung im Kosmetikmarkt in entscheidendem Masse darauf, die Gesundheitsverträglichkeit der Produkte sicherzustellen. Darin kann nicht per se eine innovationsfördernde Tätigkeit gesehen werden.

778. Gemäss dem Bericht der Kommission an den Rat und das europäische Parlament über die Entwicklung, Validierung und rechtliche Anerkennung von Alternativmethoden für Tierversuche im Bereich der kosmetischen Mittel (2004) werden toxikologische oder sonstige Unbedenklichkeitsprüfungen von Produkten/Stoffen nicht von den Forschungsstellen der Kosmetikindustrie erstellt. Die Kosmetikindustrie als nachgeschalteter Anwender von chemischen Stoffen verwendet im Wesentlichen die vom Lieferanten auf der Grundlage der Chemikalienvorschriften erstellten Versuchsdaten, um die Unbedenklichkeit von Stoffen als Bestandteil kosmetischer Mittel zu beurteilen.⁶⁷¹ In der Schweiz erteilt das Bundesamt für Gesundheit die Zulassung für weitere Stoffe, die nicht in der VKos aufgeführt sind (Art. 2 Abs. 6 VKos).

779. Die Forschungstätigkeit in den beiden Hauptbereichen Hautalterung und Sonnenschutz ist vor diesem Hintergrund zu sehen. Die Wirksamkeit einer Antifaltencrème ist kaum messbar, im Gegensatz zu einem Medikament. Ein Konsument kann nicht überprüfen, ob eine Hautfalte durch die Verwendung des Antifaltenproduktes später aufgetreten ist als bei Nichtverwendung des Produktes oder eines anderen Produktes. Es ist auch nicht feststellbar, ob das frühere bzw. spätere Auftreten einer

⁶⁶⁵ Industrieverband Körperpflege- und Waschmittel e.V. (IKW), Forschung in der Kosmetik, 2005, 3; abrufbar unter: http://www.ikw.org/pages/main_broschueren.php oder http://www.skwc-ds.ch/fileadmin/user_upload/Files%20D/Infos_Tipps/Kosmetika/2005_Forschung_in_Kosmetik.pdf; vgl. ferner Act. 442, Beilage 8, 101.

⁶⁶⁶ Vgl. Colipa – The European Cosmetics Association – Innovation, abrufbar unter: <http://www.colipa.eu/safety-a-science-colipa-the-european-cosmetic-cosmetics-association/innovation.html>.

⁶⁶⁷ Verordnung (EG) Nr. 1223/2009 des europäischen Parlamentes und des Rates vom 30. November 2009 über kosmetische Mittel, ABl. L 342/59 ff.

⁶⁶⁸ Bundesgesetz über Arzneimittel und Medizinprodukte (Heilmittelgesetz, HMG), SR 812.21.

⁶⁶⁹ Art. 2 Abs. 1 Bst. a Heilmittelgesetz (HMG) unterscheidet bei den Heilmitteln zwischen Arzneimitteln und Medizinprodukten. Art 4 Abs. 1 HMG definiert die Begriffe. Gemäss Bst. a sind Arzneimittel Produkte chemischen oder biologischen Ursprungs, die zur medizinischen Einwirkung auf den menschlichen oder tierischen Organismus bestimmt sind oder angepriesen werden, insbesondere zur Erkennung, Verhütung oder Behandlung von Krankheiten, Verletzungen und Behinderungen; zu den Arzneimitteln gehören auch Blut und Blutprodukte. Laut Bst. b sind Medizinprodukte, Produkte, einschliesslich Instrumente, Apparate, In-vitro-Diagnostika, Software und andere Gegenstände oder Stoffe, die für die medizinische Verwendung bestimmt sind oder angepriesen werden und deren Hauptwirkung nicht durch ein Arzneimittel erreicht wird.

⁶⁷⁰ Verordnung des EDI über kosmetische Mittel (VKos), SR 817.023.31.

⁶⁷¹ Gemäss dem Bericht der Kommission an den Rat und das europäische Parlament über die Entwicklung, Validierung und rechtliche Anerkennung von Alternativmethoden für Tierversuche im Bereich der kosmetischen Mittel (2004).

Hautfalte nicht genetisch oder etwa durch eine bestimmte Ernährungsweise bedingt ist. Der Erfolg eines Antifaltenproduktes hängt daher nicht nur von der tatsächlichen Wirkung ab, sondern auch vom subjektiv wahrgenommenen Wohlbefinden des Konsumenten.⁶⁷² Bei Sonnenschutzprodukten ist zu beachten, dass die erlaubten UV-Filter gesetzlich vorgegeben sind, so dass eine eigentliche Innovation in diesem Bereich nur sehr eingeschränkt möglich ist. Die wahrgenommene Qualität eines Produktes hängt also in starkem Masse vom Produktimage und damit von der Werbung ab.

780. Es steht also auch im Pflegesektor fest, dass die Innovationstätigkeit keine dermassen zentrale Rolle spielt. Analog zu den vorherigen Ausführungen kann darauf verwiesen werden, dass sich die Marktanteile in diesem Bereich kaum verändert haben, was gegen eine starke Wirkung der Innovationstätigkeit spricht. Der Wettbewerbsparameter der Werbung wurde zudem durch den Informationsaustausch eingeschränkt.

(iv) Zwischenergebnis: Kein wirksamer Innenwettbewerb

781. Es steht zwar fest, dass im gesamten Kosmetikmarkt eine relativ grosse Anzahl von Produkten neu eingeführt wird. Die Neueinführungen sind aber nicht mit Innovation gleichzusetzen. Wie die Marktanteilsverteilungen zeigen, hatten diese Neueinführungen keine Auswirkungen, welche wirksamen Innenwettbewerb sicherstellen würden. Der Wettbewerbsparameter Werbung wurde durch den gegenseitigen Austausch von Werbeausgaben eingeschränkt. Es steht abschliessend fest, dass die Produktlancierungen die Einschränkung des Preiswettbewerbs durch den Informationsaustausch nicht aufzuwiegen vermochten.

(v) Parteivorbringen im Rahmen der zweiten Stellungnahme

782. Soweit die Parteien an ihren Standpunkten festhalten, welche sie im Rahmen der ersten Stellungnahmen anbrachten, gehen die Wettbewerbsbehörden nicht erneut darauf ein. Anbei werden daher nur nicht bereits vorgebrachte Argumente dargestellt.

783. Bulgari bringt vor, das Sekretariat habe den Onlinehandel nicht geprüft. Bezüglich Parallelimporten aus dem Ausland (inkl. Onlinehandel) sei auf die Ausführungen unter Rz 702 f. verwiesen. Soweit sich Bulgari auf den Innenwettbewerb bezieht, ist folgendes zu beachten:

784. Der Onlinehandel innerhalb der Schweiz wirkt sich nicht auf die Marktsituation aus. Beim inländischen Online-Handel ändert an sich nur der Bezugskanal durch den Konsumenten. Die inländischen Onlineverkaufszahlen sind folglich in den Umsätzen der ASCOPA-Mitglieder enthalten. Soweit andere als die hier untersuchten Produkte im Online-Handel vertrieben werden, handelt es sich um einen verschiedenen Markt. Wie die beobachteten Preisentwicklungen gezeigt haben, wirken weder allfällige billigere Online-Angebote, noch Angebote aus einem anderen Markt disziplinierend auf die Preissetzung im relevanten Markt.

785. Clarins meint, Neuheiten spielten eine grosse Rolle. Die Markentreue sei sehr niedrig bei Parfüms. Zudem

fürten Werbematerialien und Aktionsunterstützungen zu erhöhtem Wettbewerb.

786. Die Wettbewerbsbehörden stellen nicht in Abrede, dass es Neueinführungen in den Markt gibt. Doch führen diese Neuheiten zu keinem Wettbewerbsdruck, der die aufgezeigte Kollusion verhindern würde. Dasselbe gilt für Aussagen bezüglich Werbematerialien und Aktionsunterstützungen. Auch Feststellungen zur Markentreue vermögen die aufgezeigten Resultate nicht zu beheben. Zudem widerspricht sich Clarins in diesem Punkt selbst. So behauptet sie, die Nachfrage nach Luxusprodukten sei inelastisch (vgl. Rz 621), während sie gleichzeitig betont, die Markentreue sei niedrig.

787. Coty sieht den Innenwettbewerb über Rabatte und Konditionen bestätigt und wirft dem Sekretariat vor, die Nettopreise nicht untersucht zu haben. Auch weist Coty auf die schwankenden Mengen und den Qualitätswettbewerb hin. Die Qualität werde dadurch beeinflusst, dass die Hersteller neue, innovative Produkte lancierten. [...] des Umsatzes von Coty werde mit neuen Produkten erwirtschaftet. Dies verdeutlichen die schnelllebigen Celebrity Brands. Selbst wenn der Preis- und Mengenwettbewerb beschränkt gewesen wären, würde dies durch die hohe Innovation kompensiert.

788. Coty übergeht den Umstand, dass das Sekretariat den Einfluss der Bruttopreiserhöhungen auf die Nettopreise untersucht hat und in dieser Analyse auch allfälligen Rabatte und Konditionen beinhaltet sind (Rz 515 ff.). Coty übersieht zudem, dass die Analyse der Nettopreise, in welchen auch die Rabatte (Aktionen) der Retailer gegenüber dem Konsumenten beinhaltet sind, tendenziell ein Resultat zu Gunsten der Parteien ergeben sollte. Trotz dieses Umstandes hat die Korrelationsanalyse zwischen Bruttopreiserhöhungen und Nettopreiserhöhungen ergeben, dass eine Bruttopreiserhöhung stets zu einer Nettopreiserhöhung führt. Bezüglich der Innovation sei auf die oben gemachten Ausführungen verwiesen. Soweit Coty schliesslich auf den Qualitätswettbewerb verweist, widerspricht sich die Partei selbst. Auf der einen Seite soll der Qualitätswettbewerb ein zentraler Wettbewerbsparameter sein, der allfällige Einschränkungen von Preis- und Mengenwettbewerb auszugleichen vermag. Auf der andern Seite argumentiert Coty, dass eine Marktabgrenzung aufgrund von Qualität nicht möglich sei.⁶⁷³ Wenn Coty Qualitätswettbewerb als zentralen Wettbewerbsparameter einstuft, bedingt dies, dass sie definiert, worin die Qualität besteht. Sonst könnte sie nicht beurteilen, ob Qualitätswettbewerb besteht. Wenn dem so ist, kann Qualität auch zur Marktabgrenzung dienen. Unabhängig davon hängt Qualitätswettbewerb von der Definition der Qualität ab und ist für die in Frage stehenden Märkte kaum messbar. Die Wettbewerbsbehörden messen ihm entsprechend vorliegend keine Rolle zu, die es erlauben würde, den mangelnden Preiswettbewerb zu kompensieren.

⁶⁷² Gemäss Industrieverband Körperpflege- und Waschmittel (IKW) steht der Wunsch nach Wohlbefinden in der Nutzenerwartung der Konsumenten an zweiter Stelle, vgl. IKW, Körper und Pflege, 6. Aufl., 2006, 4; abrufbar unter: http://www.ikw.org/pdf/broschueren/Koerper_und_Pflege.pdf.

⁶⁷³ Vgl. etwa Antwort auf Frage 5 des Fragebogens vom 9. April 2009: Act. 170, Frage 5, Rz 41.

789. Deurocos meint Innovation dürfe nicht über die Wirkung der Produkte definiert werden. Der Markt sei auch nicht wirkungsorientiert abgegrenzt worden. Sisley hält die Innovationsdefinition der Wettbewerbsbehörden für realitätsfremd. Der Kunde entscheide, was innovativ sei. Es komme darauf an, ob der Wettbewerb zwischen den aktuellen Konkurrenten über neue Angebote (competition merits) geführt werden. Richemont meint, es gebe Innovation, was nicht mit wortklauberischen Argumenten widerlegt werden könne.

790. Letztere Parteiargumentationen zielen am eigentlichen Problem vorbei. Die Definitionen von Innovation wurden ausgeführt, um aufzuzeigen, dass die Neueinführung von Produkten keine Innovation im volkswirtschaftlichen Sinne darstellt.⁶⁷⁴ Die Parteivorbringen mussten alleine schon daher scheitern. Das eigentliche Problem haben die Parteien aber gar nicht angesprochen. Dieses besteht darin, dass sich Innovation wettbewerbsfördernd auswirken kann, was vorliegend, selbst wenn die neu eingeführten Produkte innovativ wären, nicht der Fall war. Die Marktanalyse der Wettbewerbsbehörden hat eine Wettbewerbsbeschränkung aufgezeigt, welche trotz Produkteinführungen verursacht wurde. Dieses Resultat gilt unabhängig von der Definition von Innovation. Weitere Ausführungen dazu erübrigen sich.

B.4.4.6.3 Quantitative Kriterien der Erheblichkeit der Abrede liegen vor

791. Es kann festgehalten werden, dass vorliegend weder genügend Aussen- noch Innenwettbewerb herrschte, um wirksamen Wettbewerb sicherzustellen. Dieser Umstand konnte auch durch die Stellung der Marktgegenseite nicht aufgewogen werden. Die Analyse der quantitativen Elemente der Erheblichkeit führt daher zum Schluss, dass die dargelegte Wettbewerbsbeschränkung unzulässig ist.

B.4.4.7 Fazit: Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs

792. Wie erklärt (Rz 437), prüfte die Wettbewerbskommission die Frage der Erheblichkeit einer Wettbewerbsbeeinträchtigung anhand qualitativer und quantitativer Kriterien. Vorliegend hat sowohl die Prüfung der qualitativen Kriterien als auch die Analyse der quantitativen Kriterien ergeben, dass der Wettbewerb durch den langjährigen Austausch von Preislisten, Umsatzzahlen und Bruttowerbeausgaben in erheblicher Weise eingeschränkt wurde.

793. Gemäss Art. 5 Abs. 1 KG sind lediglich Abreden unzulässig, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen. In der Folge werden daher die möglichen wirtschaftlichen Effizienzgründe geprüft.

B.4.5 Keine Rechtfertigung durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz

B.4.5.1 Die gesetzlich festgelegte Effizienzprüfung

794. Ist der Wettbewerb erheblich eingeschränkt, prüfen die Wettbewerbsbehörden von Amtes wegen, ob die Abrede gemäss Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt ist. Dabei müssen die Wettbewerbsbehörden gemäss Rechtspre-

chung des Bundesgerichts das Nichtvorhandensein von Effizienzgründen nicht beweisen. Sind keine Effizienzgründe erstellt, bleibt es dabei, dass eine den Markt erheblich beeinträchtigende Wettbewerbsabrede unzulässig ist. Die Parteien tragen somit die objektive Beweislast. Das bedeutet sie tragen den Nachteil der diesbezüglichen Beweislosigkeit.⁶⁷⁵

795. Gemäss 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 beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen; und
- b. den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.

796. Demnach gibt es drei gesetzliche Voraussetzungen, damit eine Abrede gerechtfertigt werden kann: i) Es bedarf eines Effizienzgrundes gemäss Abs. 2 Bst. a, ii) die Abrede muss notwendig sein und iii) darf die Abrede die Beseitigung des Wettbewerbs nicht ermöglichen. Diese drei Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein.⁶⁷⁶

B.4.5.2 Vorbringen der Parteien

Im Rahmen der ersten Stellungnahme

797. Coty bringt vor, alle Informationen seien auch öffentlich oder hätten für "teures Geld" besorgt werden können. Das ASCOPA-Marktinformationssystem hätte es den Mitgliedern ermöglicht, die Informationen günstiger zu beschaffen. Die Kenntnisse der Marktverhältnisse seien Voraussetzung dafür, dass ein Unternehmen erfolgreich am Wettbewerb teilnehmen könne. Die Beschaffungskosten für die Marktinformationen seien Herstellungs- bzw. Vertriebskosten im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG und beeinflussten auch die Produktpreise.

⁶⁷⁴ Der Parteihinweis im Zusammenhang mit der Definition von Innovation auf RPW 2004/1, 90 Rz 21, *Preisdifferenzierung bei Deodorants* ist verfehlt. Es handelt sich um einen Schlussbericht zu einer Vorabklärung. Ein Schlussbericht ist kein anfechtbarer Verwaltungsakt der in Rechtskraft erwachsen kann (vgl. KRAUSKOPF/SCHALLER/BANGERTER (Fn 308) Rz 12.29 mit Hinweis auf REKO-WEF, RPW 2000/1, 104 E.1.2.2., Mietleitungen). Ziel einer Vorabklärung ist zudem nicht die abschliessende Untersuchung von Marktverhältnissen, sondern sie dient dazu, einzuschätzen, ob eine Untersuchung eröffnet werden muss. Entsprechende wird der in Rz 21 des Schlussberichts verwendete Begriff der Innovation nicht näher ausgeführt. Zudem beziehen sich die Ausführungen einzig auf Deodorants und nicht auf den gesamten Kosmetikmarkt.

⁶⁷⁵ Urteil des BGer 2A.430/2006 vom 11. Juli 2006, RPW 2007/1, 133 f., E. 10.3, *Schweizerischer Buchhändler- und Verleger-Verband et al/ REKO WEF*.

⁶⁷⁶ BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 413), Art. 5 N 300; SHK-REINERT (Fn 412), Art. 5 N 9.

Dank dem Informationsaustausch hätten die Mitglieder die Herstellungs- und Vertriebskosten gesenkt bzw. ein massives Ansteigen durch die individuelle Beschaffung verhindert. Die Kosteneinsparung habe es den Parteien ermöglicht, ihre Innovation und Produktion ohne "grosse" eigene Marktforschungskosten auf die Marktbedürfnisse auszurichten. Die ausgetauschten Informationen seien detaillierter als objektiv nötig gewesen, dennoch sei das Marktinformationssystem wirtschaftlich effizient gewesen.⁶⁷⁷

798. Chanel meint, der Informationsaustausch habe es dem Unternehmen erlaubt, Markttendenzen besser zu erkennen. Dies habe es erlaubt, die Nachfrage auf dem Markt zu antizipieren. Ferner habe dies zum rationelleren Ressourceneinsatz geführt. Die Unternehmen hätten durch den Informationsaustausch bessere Marktkenntnisse gehabt und die interne Effizienz gesteigert. Chanel habe seine eigenen "Share of voice" berechnen können. Der Austausch von "marktanteilsrelevanten" Daten habe sich wettbewerbsfördernd ausgewirkt, was sich in der Innovationsfähigkeit und der Lancierung neuer Produkte zeige.⁶⁷⁸

799. Ähnlich wie Chanel geben La Prairie/Juvena zu bedenken, der Informationsaustausch diene der Verbesserung der eigenen Wettbewerbsfähigkeit. Er bezwecke den Erfolg der eigenen Marken im Verhältnis zum Markt und den Konsumenten zu beurteilen. Effektiver Wettbewerb und effizientes Marketing seien möglich, wenn das Unternehmen den Erfolg der eigenen Produkte im Verhältnis zum Markt und den konkurrierenden Produkten kenne. Dadurch könne die eigene Effizienz und Wettbewerbsfähigkeit verbessert werden. Dies anerkenne auch die Praxis der WEKO, wonach die Analysen der Unternehmensergebnisse in verschiedenen Bereichen ermöglichen, die Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen zu verbessern. Dieses Vorgehen stelle eine Verbesserung von Produkten und Produktionsverfahren, die Verbreitung von technischen und beruflichen Wissen von Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG dar. Da sich Parteien die Kosten für Marktforschungsunternehmen hätten sparen können, sei auch der Effizienzgrund der rationelleren Nutzung von Ressourcen im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG gegeben.⁶⁷⁹

Im Rahmen der zweiten Stellungnahme

800. Soweit die Parteien ihre Vorbringen wiederholt haben, wurden diese nicht erneut untersucht. Gewisse Parteien brachten in ihren zweiten Stellungnahmen Argumente vor, die bereits von anderen Parteien vorgebracht worden waren. Auf diese Darlegungen wird nicht unter der Nennung zusätzlicher Namen erneut eingegangen.

801. Estée Lauder bringt vor, der Informationsaustausch habe zu einer Verbesserung der Produktpositionierung und einer sinnvollerer Preisfestsetzung geführt. Sisley sieht sich gegenüber grossen Marktteilnehmern im Nachteil. Der Austausch Bruttoumsatzzahlen sei billiger gewesen als der Bezug über ein Marktforschungsunternehmen.

802. Laut L'Oréal/YSL hat der Werbemittelaustausch den Marktteilnehmern geholfen, die Wirkung einer Werbung in einem bestimmten Medium zu kennen und die

gewinnbringendsten Strategien. Dadurch sei der Entscheid gefördert worden, die angebrachtesten und produktivsten Werbeinvestitionen zu tätigen. Dadurch seien Verluste minimiert worden und die Erfolgchancen eines Produkts erhöht worden. Der Effekt des Austausches sei folglich prokompetitiv gewesen.

B.4.5.3 Prüfung der Tatbestandsmerkmale

(i) Kein Vorliegen eines Effizienzgrundes

803. Gemäss Lehre und Rechtsprechung ist die Aufzählung der Effizienzgründe in Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG abschliessend.⁶⁸⁰ Es reicht dagegen, wenn einer der Effizienzgründe vorliegt, um die erste der drei gesetzlichen Voraussetzungen für die Rechtfertigung zu erfüllen.⁶⁸¹

804. Bevor die einzelnen Effizienzgründe untersucht werden, ist vorab darauf hinzuweisen, dass Gründe der wirtschaftlichen Effizienz nicht schon dann vorliegen, wenn ein wettbewerbsbeschränkendes Verhalten aus betriebswirtschaftlicher Sicht der Parteien effizient ist (so ist das Vorliegen einer Kartellrente aus Sicht des Unternehmens effizient).⁶⁸² Vielmehr ist der Effizienzbegriff des Kartellgesetzes volkswirtschaftlich zu verstehen. Es sind also die objektiven Vorteile der Abrede zu berücksichtigen. Der subjektive Standpunkt der Parteien ist dabei unbeachtlich.⁶⁸³ Die wirtschaftlichen Vorteile der Abrede müssen die Nachteile für den Wettbewerb überwiegen.⁶⁸⁴ Die Parteien betrachten die Effizienzgewinne ausnahmslos aus betriebswirtschaftlicher Sicht.

Herstellungs- oder Vertriebskosten

805. Aus der Argumentation von Coty (Rz 797) geht implizit hervor, der Informationsaustausch habe sich kostensenkend ausgewirkt und somit für tiefere Preise gesorgt. Die Untersuchungen des Sekretariats haben das Gegenteil gezeigt. Die Preise der Bestsellerprodukte haben sich in der untersuchten Periode konstant erhöht.

806. Der Austausch der Bruttopreise zwischen den Parteien, war die Verhandlungsgrundlage für die Jahresgespräche mit den Händlern. Ein solcher Austausch erlaubt es, seine Preispolitik an den Konkurrenten auszurichten. Bereits rein begrifflich steht ein solcher Austausch in keinem Zusammenhang mit Herstellungs- oder Vertriebskosten im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG. Weitergehende Ausführungen erübrigen sich daher zu diesem Punkt.

⁶⁷⁷ Act. 422, 80 ff.

⁶⁷⁸ Act. 425, 76 ff.

⁶⁷⁹ Act. 431, Rz 300 ff. i.V.m. Rz 180 ff.

⁶⁸⁰ BGE 129 II 18, 45 E. 10.3; BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 413), Art. 5, N 304; SHK-REINERT (Fn 412), Art. 5 N 11. Borer (Fn 367), Art. 5 N 34; HOFFET (Fn 392), in: Homburger et al., Art. 5, N 98.

⁶⁸¹ BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 413), Art. 5 N 305.

⁶⁸² SHK-REINERT (Fn 412), Art. 5 N 13; BORER (Fn 367), Art. 5 N 46.

⁶⁸³ BORER (Fn 367), Art. 5 N 46.

⁶⁸⁴ HOFFET (Fn 392), in: Homburger et al., Art. 5 N 94.

807. Estée Launders Argumente der verbesserten Produktpositionierung oder sinnvollerer Preissetzung überzeugen nicht. Erstens ist unklar, worin der volkswirtschaftliche Nutzen der besseren Produktpositionierung liegen soll und zweitens worin eine sinnvollere Preissetzung besteht. In Anbetracht der dargelegten Sachverhalte und Marktentwicklungen steht vielmehr fest, dass die Preise aus volkswirtschaftlicher Sicht auf einer Wettbewerbsbeschränkung beruhen.

Produkte oder Produktionsverfahren verbessern

808. La Prairie und implizit auch Chanel sehen im Informationsaustausch eine Verbesserung von Produkten und Produktionsverfahren. Prairie argumentiert, effektiver Wettbewerb sei nur möglich, wenn die Unternehmen den Erfolg ihres Produktes im Markt kennen würden.

809. Gegen letzteres ist in seiner Allgemeinheit nichts einzuwenden. Selbstverständlich braucht ein Unternehmen Marktinformationen über den Erfolg seines Produktes, um effizienter zu arbeiten. Doch kann der Erfolg eines Produktes, z.B. Parfüms der Marke X, auch aus einer aggregierten Darstellung der Gesamtumsätze der Parfüms ersehen werden. Jedes Unternehmen kann seine Marktanteile selber berechnen. Auch genügt es einem Hersteller/Distributor, den Endverkaufspreis eines Konkurrenzproduktes zu kennen, um seine Verkaufspreise gegenüber den Händlern bestimmen zu können. Dazu müssen nicht die aktuellen Input-Preise während Jahren zwischen Konkurrenten ausgetauscht werden oder Verbandsinterne Preisvergleiche angestellt werden. Damit kann die Preissetzungsstrategie der Konkurrenz beobachtet und die eigene Strategie daran ausgerichtet werden. Wie aufgezeigt, schränkte die Kenntnis dieser Zahlen den Preiswettbewerb ein.

810. Es ist zudem nicht ersichtlich, inwiefern der Austausch von Preisen, Umsätzen und Werbeausgaben die Qualität eines Produktes beeinflussen soll. Keiner dieser Faktoren steht im Zusammenhang mit der Produktvielfalt oder der Zusammensetzung und Funktion eines Produktes. Aus dem gleichen Grund wird der Produktionsprozess von Kosmetikprodukten nicht durch den Informationsaustausch berührt.

Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen fördern

811. Der vorliegende Informationsaustausch steht offensichtlich in keinem Zusammenhang mit der Forschung oder der Verbreitung von technischem Wissen. Es fragt sich also höchstens, ob damit berufliches Wissen gefördert wurde. Der Austausch von öffentlichen nicht zugänglichen und aktuellen Preisinformationen, stellt keine Förderung beruflichen Wissens dar. Würde der Begriff dermassen weit gefasst, fielen auch die Mitteilung über den Umfang und den Zeitpunkt von Preiserhöhungen darunter. Ein solch breites Verständnis widerspräche dem Zweck des KG, welcher die volkswirtschaftlich schädlichen Auswirkungen solcher Kartelle gerade zu verhindern und den Wettbewerb zu fördern sucht (Art. 1 KG).

812. Soweit Chanel anführt, der Informationsaustausch habe sich innovationsfördernd ausgewirkt, und damit indirekt vorbringt, der Austausch habe die Forschung gefördert, bleibt das Unternehmen einen Beleg schuldig.

Es ist aber ohnehin nicht ersichtlich, inwiefern Preisvergleiche Innovationen bzw. Forschung fördern sollen.

Ressourcen rationeller nutzen

813. Der Austausch der Informationen verringert wohl die Suchkosten der Unternehmen. Auch mögen die Kosten einer Marktstudie eines neutralen Marktforschungsunternehmens, die Kosten für die Arbeitskräfte, die Mitgliedschaft bei ASCOPA und dergleichen, die für den Informationsaustausch aufgewendet werden mussten, übertroffen haben. Die Kosteneinsparung pro verkauftes Produkt ist jedoch vernachlässigbar klein.

814. Wie erwähnt, sind die in Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG erwähnten Effizienzgründe nicht subjektiv betriebswirtschaftlich zu verstehen. Vielmehr ist die volkswirtschaftliche Sichtweise ausschlaggebend. Aus volkswirtschaftlicher Sicht führte der Informationsaustausch zu erhöhten Preisen. Die geringfügige betriebsinterne Effizienzsteigerung vermag den erheblichen volkswirtschaftlichen Schaden nicht auszugleichen, der aus der Einschränkung des Preiswettbewerbs entsteht.

815. Sisley bringt sinngemäss vor, als kleineres Unternehmen sei es auf die kostengünstigeren Informationen angewiesen und gegenüber vermögendere grösseren Unternehmen benachteiligt. Das Unternehmen übersieht dabei, wie soeben ausgeführt, dass die subjektiv betriebswirtschaftlichen Kosten der Informationsbeschaffung die aufgezeigte volkswirtschaftlich schädliche Wirkung eines Kartells nicht zu kompensieren vermögen.

816. Auch L'Oréal/YSL Argumentation geht in die gleiche Richtung. Abgesehen davon, dass die Parteien keinerlei Belege für die Richtigkeit ihrer Aussagen vorweisen, argumentieren sie aus rein unternehmensspezifischer betriebswirtschaftlicher Sicht. Funktionierende Wettbewerb zeichnet sich entgegen den Parteivorbringen nicht dadurch aus, dass Konkurrenten einander Informationen liefern, die künftige Investitionsentscheidungen beeinflussen. Dadurch handelt der Wettbewerber nicht mehr frei, sondern ist durch die ihm von den Wettbewerbern gelieferten Informationen beeinflusst.

(ii) Abrede ist nicht gerechtfertigt

817. Zusammenfassend steht somit fest, dass kein gesetzlich genannter Effizienzgrund vorliegt. Aus diesem Grund erübrigt sich in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesgerichts⁶⁸⁵ die Prüfung der weiteren beiden gesetzlichen Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 2 KG (Notwendigkeit der Abrede und fehlende Möglichkeit der Wettbewerbsbeseitigung). Denn sämtliche gesetzlichen Tatbestandselemente müssen kumulativ vorliegen, damit eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung gerechtfertigt ist. Die vorliegende Abrede ist nicht gerechtfertigt.

⁶⁸⁵ Urteil des BGer 2A.430/2006 vom 11. Juli 2006, RPW 2007/1, 136., E. 13.6, *Schweizerischer Buchhändler- und Verleger-Verband et al/ REKO WEF*.

B.4.6 Schlussfazit: Die Abrede ist unzulässig

818. Der vorliegende Informationsaustausch, welcher den Austausch von Umsatzzahlen, Preislisten, Bruttowerbeausgaben und allgemeinen Geschäftsbedingungen zum Gegenstand hatte und mindestens zwischen 1992 bis Ende September 2008 praktiziert wurde, ist unzulässig im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG.

C Kosten

819. 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. Das Verursacherprinzip wird durch Art. 3 Abs. 2 GebV-KG eingeschränkt. Die Verursacher eines Verfahrens müssen dann keine Kosten übernehmen, wenn in der Untersuchung kein unzulässiges Verhalten der Beteiligten festgestellt wird, wenn sie also nicht "unterliegen" und das Verfahren aus diesem Grund eingestellt wird.⁶⁸⁶ Umgekehrt besteht eine Gebührensspflicht, wenn aufgrund der Sachverhaltsfeststellung eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, oder wenn sich die Parteien unterziehen (Art. 3 Abs. 2 Bst. b und c GebV-KG *e contrario*).

820. Verursacher eines Verfahrens sind diejenigen Unternehmen, die mit ihrem Verhalten Anstoss zu den Ermittlungen der Wettbewerbsbehörden gegeben haben. Wie ausgeführt (Rz 251 ff.), können die Parteien analog zum Strafrecht als Mittäter qualifiziert werden. Daraus folgt, dass sie unabhängig von ihrer Teilnahme im Komitee Verursacher des Verfahrens sind. Gemäss der bisherigen Praxis der Wettbewerbsbehörden gelten grundsätzlich alle Kartellteilnehmer gemeinsam und in gleichem Masse als dessen Verursacher und tragen daher die Kosten zu gleichen Teilen. Von diesem Grundsatz wird dann abgewichen, wenn er zu stossenden Ergebnissen führen sollte.⁶⁸⁷ Im vorliegenden Fall rechtfertigt sich keine Abweichung von diesem Grundsatz.

821. Bergerat, Tschanz, Elizabeth Arden Parfums de Luxe bringen vor, die Kostenverteilung müsse der Rollenverteilung der Unternehmen Rechnung tragen. Jedes Unternehmen sollte nur die Kosten tragen, die es tatsächlich verursacht habe. Bergerat und Tschanz meinen, die solidarische Haftung sei in der Gebührenverordnung nicht vorgesehen. Beauté Prestige meint, das Unternehmen wäre zahlungsunfähig, ohne dies zu belegen. Bulgari meint die Verfahrenskosten seien den Komiteemitgliedern aufzuerlegen, diese hätte am meisten von den Wettbewerbsabreden profitiert. Doyat meint, die Auferlegung der Kosten würde alleine darauf basieren, dass Doyat Mitglied bei der ASCOPA gewesen sei. Tanner argumentiert, die Verfahrenskosten stellten eine indirekte Bestrafung für kleine Unternehmen dar, obwohl sie keinen Einfluss auf die Entscheide des Komitees hatten. Tanner habe nur einen kleinen Verfahrensaufwand verursacht. Zudem habe sie als Partei "obsiegt". Seitens einer Selbstanzeigerin wird hervorgebracht, sie hätte als solche keine Verfahrenskosten zu tragen.

822. Vorab ist festzuhalten, dass die Parteien nicht "obsiegt" haben. Die WEKO stellt vielmehr eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung fest. Die diesbezüglichen Ausführungen der Parteien sind unzutreffend.

823. Sodann ist darauf hinzuweisen, dass es bei der Kostenverlegung nicht um eine Bestrafung geht. Bei einer solchen wäre die Vorwerfbarkeit der Tat zu untersuchen gewesen. Dabei hätten die Rollenverteilung, der Tatbeitrag und die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit unter Umständen genauer untersucht werden müssen. Vorliegend steht die Vorwerfbarkeit nicht (mehr) zur Debatte, sondern die Frage, wer die Kosten verursacht hat, die durch die unzulässige Wettbewerbsbeschränkung entstanden sind. Die Wettbewerbsbeschränkung kam im genannten Ausmass aufgrund der Beiträge sämtlicher Parteien zum Informationsaustausch zu Stande und wurde daher von allen Parteien verursacht. Diese Wettbewerbsbeschränkung musste vom Sekretariat unabhängig davon untersucht werden, ob die Parteien kleine, grosse, passive oder aktive Mitglieder von ASCOPA waren. Es ist daher gerechtfertigt, die durch die Wettbewerbsbeschränkung entstandenen Aufwendungen nach der Anzahl mitwirkender Parteien aufzuteilen.

824. Die solidarische Haftung ist zwar nicht direkt in der Gebührenverordnung KG geregelt. Art. 1a GebV-KG verweist jedoch auf die allgemeine Gebührenverordnung,⁶⁸⁸ welche die solidarische Haftbarkeit der Parteien ausdrücklich vorschreibt (Art. 2 Abs. 2 AllgGebV).

825. Gebührenfrei gemäss Art. 53a Abs. 3 KG i.V.m. Art. 3 Abs. 2 Bst. a-c GebV-KG sind Dritte, auf deren Anzeige ein Verfahren gemäss Art. 26-30 KG durchgeführt wird, Beteiligte, die eine Vorabklärung verursacht haben und Beteiligte, gegen welche das Verfahren eingestellt wird. Vorliegend steht ausser Frage, dass die Selbstanzeigerin am festgestellten Wettbewerbsverstoss beteiligt war. Sie hat mit ihrem wettbewerbswidrigen Verhalten genauso zur Verursachung von Massnahmen gemäss Art. 30 KG beigetragen wie die anderen Parteien und ist daher gemäss bundesrichterlicher Rechtsprechung unterlegen, womit sie kostenpflichtig wird.⁶⁸⁹ Eine Selbstanzeigerin kann unter den vorliegenden Umständen und in Übereinstimmung mit der Praxis der WEKO nicht von der Kostenpflicht befreit werden.⁶⁹⁰

826. Die Anhaltspunkte, welche auf eine Teilnahme der HJD Distribution und der Dicopar SA an einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung hinwiesen, konnten nicht erhärtet werden, was sich bereits zu Beginn des Verfahrens abzeichnete. HJD Distribution war zur Zeit der Verfahrenseröffnung erst neu in den Verband eingetreten und hat entsprechend nicht am Informationsaustausch teilgenommen. Ähnlich verhielt es sich mit der

⁶⁸⁶ RPW 2007/3, 413 Rz 32, *Swisscom ADSL*; *e contrario*, Art. 3 Abs. 2 Bst. b und c GebV-KG.

⁶⁸⁷ Vgl. RPW 2009/3, 221 Rz 174, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

⁶⁸⁸ Allgemeine Gebührenverordnung (AllgGebV) vom 8. September 2004, SR 172.041.0.

⁶⁸⁹ BGE 128 II 247, 258 E. 6.2.; das Bundesgericht hält fest: "Nur *wer hinreichend begründeten Anlass zu einer Untersuchung gibt, d.h., mit seinem Verhalten grundsätzlich Massnahmen nach Art. 30 KG auslöst, kann als "unterliegend" im hier interessierenden Sinne betrachtet und mit Untersuchungskosten belastet werden.*"

⁶⁹⁰ RPW 2009/3, 222 Rz 178, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*; Verfügung der WEKO vom 10. Mai 2010, 70 Rz 376, *Komponenten für Heiz-Kühl- und Sanitäranlagen*, abrufbar unter: <http://www.WEKO.admin.ch/aktuell/00162/index.html?lang=de>; RPW 2010/4, 773 Rz 488, *Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren*.

Dicopar SA. Die Dicopar SA stattet hauptsächlich Friseur-Salons mit diversen berufsspezifischen Produkten (Scheren, Föhne, Kämmen etc.) aus. Das Unternehmen führt im Bereich der Kosmetik lediglich Haarpflegeprodukte. Informationen über solche Produkte wurden im Rahmen der ASCOPA in solch geringem Ausmass ausgetauscht, dass keine näheren diesbezüglichen Untersuchungen angestellt wurden. Entsprechend war der Arbeitsaufwand den die beiden Unternehmen verursachten äusserst gering. Aus diesen Gründen wird das Verfahren gegen HJD Distribution und Dicopar SA unter Ausscheidung eines Verfahrenskostenanteils von je CHF. 1000.- zu Lasten der Schweizerischen Eidgenossenschaft eingestellt.

827. Das Verfahren gegen die D.P. Diffusion Parfums, Limited in Chiasso sowie die Procosa SA in Vernier wird aufgrund der Uneinbringlichkeit der Verfahrenskosten eingestellt. Beide Unternehmen sind zwar noch im Handelsregister der Sitzkantone eingetragen, haben jedoch ihre Geschäftsaktivität bereits vor Eröffnung des Verfahrens eingestellt. Diese Tatsachen wurden bereits zu Beginn des Verfahrens bekannt. Da in Bezug auf die Unternehmen nur sehr kurze Abklärungen notwendig waren, werden lediglich Verfahrenskosten in der Höhe von insgesamt CHF 1000.- ausgeschrieben. Diese Kosten entfallen zu gleichen Anteilen auf diese Unternehmen und gehen zu Lasten der Schweizerischen Eidgenossenschaft.

828. Schliesslich ist das Verfahren auch gegen den Verband ASCOPA unter Ausscheidung eines Verfahrenskostenanteils von CHF 2000.- einzustellen. Wie bereits ausgeführt (Rz 387 ff.), ist der Verband zwar eine selbständige juristische Person, allerdings fehlt ihm die wirtschaftliche Selbständigkeit, um als Unternehmen im Sinne von Art. 2 KG zu gelten. Unabhängig davon war ASCOPA kein Abredepartner und kann gemäss Art. 3 Abs. 2 GebV nicht zur Kostenbeteiligung angehalten werden, denn er unterliegt im Verfahren nicht (vgl. Rz 819).

829. In Bezug auf die *Fédération des Entreprises Romands Genève* (FER), die das Verbandssekretariat geleitet hat, wurde mangels genügender Indizien darauf verzichtet, ein Verfahren einzuleiten. An dieser Stelle sei aber festgehalten, dass die kartellrechtliche Verantwortlichkeit eines Drittunternehmens, welches treuhänderische und administrative Aufgaben eines Verbandes übernimmt, durchaus gegeben sein kann.⁶⁹¹

830. 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).

831. Der Zeitaufwand für vorliegende Untersuchung belief sich auf insgesamt 3126.6 Stunden. Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter rechtfertigt sich für 271 Stunden ein Ansatz von CHF 120.- (Praktikanten alter Tarif), für 236.45 Stunden ein Ansatz von CHF 130.- (Praktikanten neuer Tarif), für 2599.15 Stunden à CHF 200.- (wissenschaftliche Mitarbeiter) und ein Stundenansatz von 16.50 Stunden zu CHF 250.- sowie von 5.50 Stunden à CHF 290.-. Dem-

nach beläuft sich die Gebühr auf insgesamt CHF 588'414.-.

832. Die Gebühren werden den Verfügungsadressaten unter solidarischer Haftbarkeit auferlegt (vgl. Art. 1a GebV-KG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 AllgGebV).

D Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Es wird festgestellt, dass die Abreden bezüglich Austausch von Bruttopreislisten, Umsatzangaben, Bruttowerbeausgaben und die Abrede über die Angleichung der allgemeinen Geschäftsbedingungen zwischen den Verfügungsadressatinnen – Beauté Prestige SA, Zürich; Bergerat SA, Genf; Bulgari Parfums SA, Neuchâtel; Chanel SA, Genf; Clarins SA, Plan-les-Ouates; Coty (Schweiz) AG, Hünenberg; Deucos Cosmetic AG, Adliswil; Doyat Diffusion SA, Saint-Blaise; Elizabeth Arden, Zug; Estée Lauder GmbH, Zürich; Kanebo Cosmetics, Glattbrugg; La Prairie Group/Juvena, Volketswil; Laboratoires Biologiques Arval S.A., Conthey; L'Oréal Produits de Luxe SA, Renens; Parfums Christian Dior AG; Parfums de Luxe Ltd., Wallisellen; Parlux Diffusion, Rolle; PC Parfums Cosmétiques SA, Zürich; P&G Prestige Products AG, Schlieren; Puig (Suisse) SA, Baden; Richemont Suisse SA, Genf; Sisley SA, Bachenbülach; Star Cos Sàrl, Bienne; Tanner SA, Cham; Tschanz Distribution SA, Genf; Wodma 41 SA, Genf; YSL Beauté Suisse SA, Plan-les-Ouates – insgesamt unzulässige Wettbewerbsabreden nach Massgabe von Art. 5 Abs. 1 KG sind. Die Abreden bezüglich des Austausches von Bruttopreislisten, nicht aggregierten Umsatzangaben und Bruttowerbeausgaben und die Abrede über die Angleichung der allgemeinen Geschäftsbedingungen dürfen nicht mehr eingehalten werden.
2. Zuwiderhandlungen gegen diese Verfügung können mit Sanktionen gemäss Art. 50 bzw. 54 KG belegt werden.
3. Das Verfahren gegen die Dicopar SA, Münchenstein, die HJD Distribution, Genf sowie den Verband der Hersteller, Importeure und Lieferanten von Kosmetik- und Parfümerieprodukten (ASCOPA), Genf, wird unter einer Ausscheidung der Verfahrenskosten von CHF 3'000.- zu Lasten der Schweizerischen Eidgenossenschaft eingestellt.
4. Das Verfahren gegen die D.P. Diffusion Parfums Limited, Chiasso und die Procosa SA, Vernier wird ebenfalls eingestellt. Die Verfahrenskosten der D.P. Diffusion Parfums Limited, Chiasso und der Procosa SA, Vernier, in der Höhe von CHF 1'000.- gehen zu Lasten der Schweizerischen Eidgenossenschaft.

⁶⁹¹ Vgl. zur Frage der Gehilfenschaft etwa: EuG T-99/04 *AC-Treuhand*, Slg. 2008, II-1501 ff.

5. Die verbleibenden Verfahrenskosten von insgesamt CHF 584'414.- werden den übrigen Verfügungssadressatinnen zu gleichen Teilen, das heisst je CHF 21'645.- und unter solidarischer Haftung auferlegt:

- Beauté Prestige SA, Zürich;
- Bergerat SA, Genf;
- Bulgari Parfums SA, Neuchâtel;
- Chanel SA, Genf;
- Clarins SA, Plan-les-Ouates;
- Coty (Schweiz) AG, Hünenberg;
- Deurocos Cosmetic AG, Adliswil;
- Doyat Diffusion SA, Saint-Blaise;
- Elizabeth Arden, Zug;
- Estée Lauder GmbH, Zürich;
- Kanebo Cosmetics, Glattbrugg;
- La Prairie Group/Juvena Volketswil;
- Laboratoires Biologiques Arval S.A., Conthey;
- L'Oréal Produits de Luxe SA, Renens;
- Parfums Christian Dior AG, Zürich;
- Parfums de Luxe Ltd., Wallisellen;
- Parlux Diffusion, Rolle;
- PC Parfums Cosmétiques SA, Zürich;
- P&G Prestige Products AG, Schlieren;
- Puig (Suisse) SA, Baden;
- Richemont Suisse SA, Genf;
- Sisley SA, Bachenbülach;
- Star Cos Sàrl, Bienne;
- Tanner SA, Cham;
- Tschanz Distribution SA, Genf;
- Wodma 41 SA, Genf;
- YSL Beauté Suisse SA, Plan-les-Ouates;

- Doyat Diffusion SA, Saint-Blaise;
- Elizabeth Arden, Zug;
- Estée Lauder GmbH, Zürich;
- HJD Distribution, Genf;
- Kanebo Cosmetics, Glattbrugg;
- La Prairie Group/Juvena Volketswil;
- Laboratoires Biologiques Arval S.A., Conthey;
- L'Oréal Produits de Luxe SA, Renens;
- Parfums Christian Dior AG, Zürich;
- Parfums de Luxe Ltd., Wallisellen;
- Parlux Diffusion, Rolle;
- PC Parfums Cosmétiques SA, Zürich;
- P&G Prestige Products AG, Schlieren;
- Procosa SA, Vernier;
- Puig (Suisse) SA, Baden;
- Richemont Suisse SA, Genf;
- Sisley SA, Bachenbülach;
- Star Cos Sàrl, Bienne;
- Tanner SA, Cham;
- Tschanz Distribution SA, Genf;
- Shiseido (ehemalige Wodma 41 SA), Genf;
- YSL Beauté Suisse SA, Plan-les-Ouates.

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.

6. Die Verfügung ist zu eröffnen an:

- Association des fabricants, importateurs et fournisseurs de produits de cosmétique et de la parfumerie, ASCOPA, Genf,
- Beauté Prestige SA, Zürich;
- Bergerat SA, Genf;
- Bulgari Parfums SA, Neuchâtel;
- Chanel SA, Genf;
- Clarins SA, Plan-les-Ouates;
- Coty (Schweiz) AG, Hünenberg;
- D.P. Diffusion Parfums Limited, Chiasso;
- Deurocos Cosmetic AG, Adliswil;
- Dicopar SA, Münchenstein;

E Anhänge**Anhang I**

Jährlich ausgefüllter Fragebogen zu den Umsatzzahlen:

ASCOPA

MAISON :

(veuillez faire le total des chiffres d'affaires des marques
de votre maison)

ENQUETE ANNUELLE SUR LE CHIFFRE D'AFFAIRES 2005

	PRODUITS	CHIFFRE D'AFFAIRES Fr.
1	Soins du visage	
1.1	Cleansers, laits nettoyants	
1.2	Lotions	
1.3	Crèmes de jour	
1.4	Crèmes de nuit	
1.5	Crèmes spéciales pour cures ou traitement (incl. acné)	
1.6	Masques, peeling	
1.7	Divers	
1.8	Pommade protection des lèvres	
1.9	Démaquillants pour les yeux	
1	TOTAL SOINS DU VISAGE	
2	Soins du corps	
2.1	Savons durs	
2.2	Savons liquides	
2.3	Produits de bain	
2.4	Produits pour la douche	
2.5	Laits pour le corps ou lotions	
2.6	Huiles corporelles	
2.7	Talcs, poudres	
2.8	Déodorants	
2.9	Crèmes tout usage, crèmes pour les mains, sport	
2.1	Crèmes pour les pieds et les jambes	
2.11	Produits épilatoires (crèmes, spray, cire)	
2.12	Crèmes "amincissantes", lotions	
2.13	Produits pour les soins du buste	
2.14	Hygiène intime	
2.15	Divers	
2	TOTAL SOINS DU CORPS	

	PRODUITS	CHIFFRE D'AFFAIRES Fr.
3	Soins des cheveux	
3.1	Shampoings	
3.2	Coloration	
	3.21 Shampoing toniques	
	3.22 Colorants semi-permanents	
	3.23 Colorants permanents	
3.3	Produits de rinçage	
3.4	Fixateurs	
3.5	Mousse renforçatrice, mousse coiffante	
3.6	Gel	
3.7	Laques / Sprays	
3.8	Brillantines et mises en plis	
3.9	Lotions	
3.10	Traitements spéciaux	
3.11	Permanente à domicile	
3.12	Divers	
3	TOTAL SOINS DES CHEVEUX	
4	Soins des dents	
4.1	Pâtes dentifrice	
4.2	Brosses	
4.3	Eaux pour les soins de la bouche	
4.4	Fils dentaires, cure-dents	
4.5	Produits de nettoyage pour les dentiers	
4.6	Produits de fixation des dentiers	
4.7	Divers	
4	TOTAL SOINS DES DENTS	

	PRODUITS	CHIFFRE D'AFFAIRES Fr.
5	Maquillage	
5.1	Make-up liquide et en crème	
5.2	Poudre	
5.3	Rouge à joues, blusch, etc.	
5.4	Fard à paupières	
5.5	Mascara	
5.6	Produits pour les cils (Kajal, Kohl)	
5.7	Crayons pour les cils	
5.8	Rouge à lèvres, crayons pour les lèvres	
5.9	Produits pour les ongles, dissolvants	
5.10	Palettes de make-up	
5.11	Divers	
5	TOTAL MAQUILLAGE	
6	Protection solaire	
6.1	Crèmes	
6.2	Huiles	
6.3	Laits	
6.4	Produits après soleil	
6.5	Bâtons de protection	
6.6	Pommades pour les lèvres	
6.7	Divers	
6	TOTAL PROTECTION SOLAIRE	

	PRODUITS	CHIFFRE D'AFFAIRES Fr.
7	Parfumerie alcoolique pour dames	
7.1	Parfums, extraits	
7.2	Eaux de toilette, de cologne, de parfum	
7.3	Serviettes rafraîchissantes	
7.4	Divers	
7	TOTAL PARFUMERIE ALCOOLIQUE POUR DAMES	
8	Produits pour hommes	
8.1	Produits avant rasage	
8.2	Crèmes à raser, savons à barbe	
8.3	Produits après rasage (lait, after shave)	
8.4	Eaux de toilette, eaux de Cologne	
8.5	Crèmes pour le visage	
8.6	Divers	
6	TOTAL PRODUITS POUR HOMMES	
10	CHIFFRE D'AFFAIRES TOTAL DES VENTES	
11	CHIFFRES D'AFFAIRES GRANDS MAGASINS	
12	CHIFFRE D'AFFAIRE DETAILLANTS	

Anhang II

[Auflistung der AGBs der verschiedenen ASCOPA Mitglieder]

Anhang III

[Beispiele zu Rz 149]

Anhang IIIa

[Grössere Darstellung der Graphiken in Rz 521]

Anhang IV

[Auflistung der Parteien und deren umsatzstärksten Marken in den Bereichen Pflege, Make-up und Düfte]

Anhang V

Der Laspeyres Preisindex⁶⁹²

$$P_{0t}^L = \frac{\sum_{i=1}^n p_t(i)q_0(i)}{\sum_{i=1}^n p_0(i)q_0(i)}$$

wobei gilt

P_{0t}^L = Preisindex nach Laspeyres im Zeitpunkt t ,

⁶⁹² Vgl. dazu GÜNTER BAMBERG/FRANZ BAUR/MICHAEL KRAPP, Statistik, 15. Aufl., 2009, 51 ff.

$p_0(i)$ = Preis des Gutes i in der Basisperiode 0,

$p_t(i)$ = Preis des Gutes i im Bezugsjahr t

$q_0(i)$ = Mengen des Gutes i in der Basisperiode,

n = Anzahl der Güter im Warenkorb.

[Datenangaben zur Berechnung der Preisindizes für Parfüm, Pflegeprodukte und für Make-up]

Anhang VI

[Darstellung der Umsatzanteilentwicklungen der Parteien in den Bereichen "*Skin Care*", "*Colour Cosmetics*", "*Women's fragrances*" und "*Men's fraglines*".] Die Daten für die beiden Kategorien "*Other Products*" und "*Non-fraglines*" wurden nicht dargestellt. Sie machten in der untersuchten Periode 0.8 % bzw. 2.5 % des Gesamtmarktes aus und vermochten das Resultat der Analyse nicht zu beeinflussen .

[...]

Anhang VII

[Darstellung des Landesindex der Konsumentenpreise, Warenkorbstruktur 2010, gemäss Bundesamt für Statistik.]

B 2	3. Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese
B 2.3	1. Bridgepoint/Infront

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 16. Dezember 2011

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 14. Dezember 2011

1. Am 18.11.2011 hat die Wettbewerbskommission (WEKO) eine Meldung betreffend die von der Bridgepoint-Gruppe beabsichtigten Kontrollübernahme über die Infront-Gruppe erhalten. Die Bridgepoint-Gruppe ist eine internationale Private-Equity-Gruppe, welche sich auf die Übernahme mittelständischer Unternehmen konzentriert.

Die Infront-Gruppe ist eine Sport- und Medienagentur, welche Sportrechte hält und weltweit Sportanlässe vermarktet. Aufgrund der grösstenteils unterschiedlichen Tätigkeitsfelder der beteiligten Unternehmen kommt es lediglich in einem einzigen Bereich ("Organisation und Promotion von Motorradrennen") zu Überschneidungen. Bei der diesbezüglichen Marktabgrenzung hat sich die WEKO sowohl an ihrer eigenen, früheren Rechtsprechung (siehe RPW 2011/2, 294–301, Infront/Ringier) als auch an der Praxis der Europäischen Kommission orientiert (besonders einschlägig ist der Entscheid COMP/M.4066 vom 20.03.2006, CVC/SLEC), wobei die definitive Marktabgrenzung letztlich offen gelassen werden konnte. Schliesslich ergab die vorläufige Prüfung unabhängig von der Abgrenzung der relevanten Märkte keine Anhaltspunkte, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt würde. Die Voraussetzungen für eine Prüfung nach Art. 10 KG waren daher nicht gegeben.

B 2.3	2. PTT Chemical Public Company Limited/Cargill, Incorporated/ NatureWorks LLC
-------	--

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 12. Dezember 2011

1. Am 25. November 2011 hat die Wettbewerbskommission (WEKO) die Meldung über das rubrizierte Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt PTTGC International (USA) Inc. (PTTGC USA), eine 100%ige Tochter der PTT Chemical Public Company Limited (PTTCH) von Cargill, Incorporated (Cargill) 50 % der Anteile an NatureWorks LLC (NatureWorks) zu erwerben. Nach dem Vollzug werden PTTGC und Cargill somit je 50 % der Anteile an NatureWorks halten.

2. PTTCH ist ein in Bangkok, Thailand ansässiges Chemie- und Petrochemieunternehmen. Hauptaktivität ist die Herstellung von Chemikalien wie Olefine (ungesättigte Kohlenwasserstoffe) und deren Derivaten. Knapp 50 % der Anteile an PTTCH werden von der PTT Public Company Limited gehalten, einem ehemaligen Staatsunternehmen, welches zur Sicherheit der Energieversorgung Thailands gegründet wurde und hauptsächlich in den Bereichen Gas, Öl, International Trading, Petrochemie und Raffinerie tätig ist.

3. Cargill ist privat gehalten und Muttergesellschaft der weltweit tätigen Cargill Unternehmensgruppe. Cargill ist im Bereich internationale Vermarktung, Verarbeitung und Vertrieb von landwirtschaftlichen Produkten, Nahrungsmitteln, Finanz- und Dienstleistungsprodukten tätig.

4. NatureWorks ist weltweit im Bereich Forschung, Entwicklung, Herstellung und Vertrieb von Polymilchsäure (PLA) tätig. PLA ist ein biobasiertes, jährlich erneuerba-

res und kompostierbares Polymer. PLA steht nach Angaben der Parteien mit verschiedenen anderen biobasierten und ölbasierten Polymeren im Wettbewerb. PTTCH produziert keine biobasierten und/oder kompostierbaren Polymere, stellt aber konkurrierende ölbasierte Polymere her. Die Produkte von PTTCH und NatureWorks überschneiden sich hinsichtlich ihrer Endanwendungen, insbesondere in Bezug auf Plastiktüten. Cargill ist in diesem Bereich [...].

5. Die WEKO hat bisher noch keine Marktabgrenzung im Zusammenhang mit Polymeren vorgenommen. Für das vorliegende Zusammenschlussverfahren schlagen die Parteien vor, den relevanten Produktemarkt als Markt für Kunststoffharze abzugrenzen. Diesem Vorschlag wird im Sinne einer Arbeitshypothese gefolgt. Die Marktabgrenzung kann aber letztlich offen bleiben, da, wie nachfolgend ausgeführt, keine wettbewerbsrechtlichen Probleme ersichtlich sind.

6. Was die räumliche Marktabgrenzung anbelangt, ist wahrscheinlich vom grösstmöglichen geographischen Raum auszugehen, da der Handel mit Polymeren und anderen Kunststoffharzen weltweit erfolgt. Letztendlich kann aber auch diese Frage offen bleiben, da es selbst bei einer engen räumlichen Marktabgrenzung nur zu geringen Marktanteilsadditionen kommt.

7. Der Markt für Kunststoffharze ist kein betroffener Markt im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU. Die weltweiten Marktanteile von PTTCH und NatureWorks belaufen sich auf je [...], Cargill ist in diesem Bereich [...]. Die Verkäufe von NatureWorks in die Schweiz sind [...], PTTCH hat im vergangenen Jahr [...] von Kunststoffharzprodukten in der Schweiz gemacht.

8. Es kann daher von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden und eine nähere Prüfung des aktuellen und potentiellen Wettbewerbs erübrigt sich. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

B 2.3

3. Galenica/Fresenius Medical Care

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 5. Oktober 2011

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 4. Oktober 2011

A Sachverhalt**A.1 Das Zusammenschlussvorhaben**

1. Am 17. März 2011 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben zwischen der Galenica AG (nachfolgend: Galenica) und der Fresenius Medical Care AG & Co. KGaA (nachfolgend: FMC) erhalten.

2. Um weitere Abklärungen tätigen und verschiedenen vom Sekretariat geäusserten Bedenken Rechnung tragen zu können, haben die Parteien ihre Meldung am 12. April 2011 unter Ankündigung einer Wiedereinreichung zurückgezogen. Am 5. September 2011 ist beim Sekretariat die zweite Meldung über das Zusammenschlussvorhaben zwischen Galenica und FMC eingegangen. Nachfolgend beziehen sich sämtliche Verweise auf die zweite Meldung vom 5. September 2011.

3. Die Meldung betrifft die Gründung beziehungsweise die geplante Ausweitung der Geschäftstätigkeit des Gemeinschaftsunternehmens Vifor Fresenius Medical Care Renal Pharma Ltd. (nachfolgend: das Gemeinschaftsunternehmen), einer Ende 2010 gegründeten Aktiengesellschaft mit Sitz in St. Gallen, an welcher Galenica zu 55 % und FMC zu 45 % beteiligt sind.¹

4. Zwecks Bündelung der jeweiligen Tätigkeiten im Bereich der Nephrologie² soll das Gemeinschaftsunternehmen gemäss Meldung im Bereich der Forschung, Entwicklung, Vermarktung und des Vertriebs einerseits von pharmazeutischen Produkten zur Behandlung von Hyperphosphatämie (sog. Phosphatbinder) und Eisenmangelanämie (sog. Eisenpräparate) und andererseits von medizinischen Systemen im Bereich der Dialyse (Dialyseprodukte) tätig sein.³ Dafür sollen von den Zusammenschlussparteien Rechte und Lizenzen an Produkten in diesen Bereichen in das Gemeinschaftsunternehmen eingebracht werden.⁴

5. Die Parteien haben den Zusammenschluss am 31. August 2011 bei der Generaldirektion Wettbewerb der Europäischen Kommission gemeldet. Mit Entscheid vom 5. Oktober 2011 wurde der Zusammenschluss ohne Auflagen genehmigt.

A.2 Die beteiligten Unternehmen

6. Galenica ist eine an der SIX Swiss Exchange kotierte Aktiengesellschaft nach schweizerischem Recht mit Sitz

in Bern. Sie hält als Holdinggesellschaft direkt oder indirekt alle Gesellschaften, die zur Galenica Gruppe gehören. Die Galenica Gruppe ist eine diversifizierte Unternehmensgruppe im Gesundheitsmarkt, welche Pharmazeutika entwickelt, produziert und weltweit vertreibt, in der Schweiz Apotheken führt und Logistikdienstleistungen erbringt sowie Datenbanken offeriert und Netzwerke etabliert. Sie teilt sich in zwei Geschäftsbereiche (bzw. Generaldirektionen) auf: die Generaldirektion Pharma und die Generaldirektion Santé, wobei Letztere weiter in die Bereiche "Logistics", "Retail" und "Übrige: HealthCare Information" unterteilt ist. Die Galenica Gruppe lässt sich unter Aufführung der wichtigsten Unternehmen in den einzelnen Bereichen wie folgt schematisch darstellen:

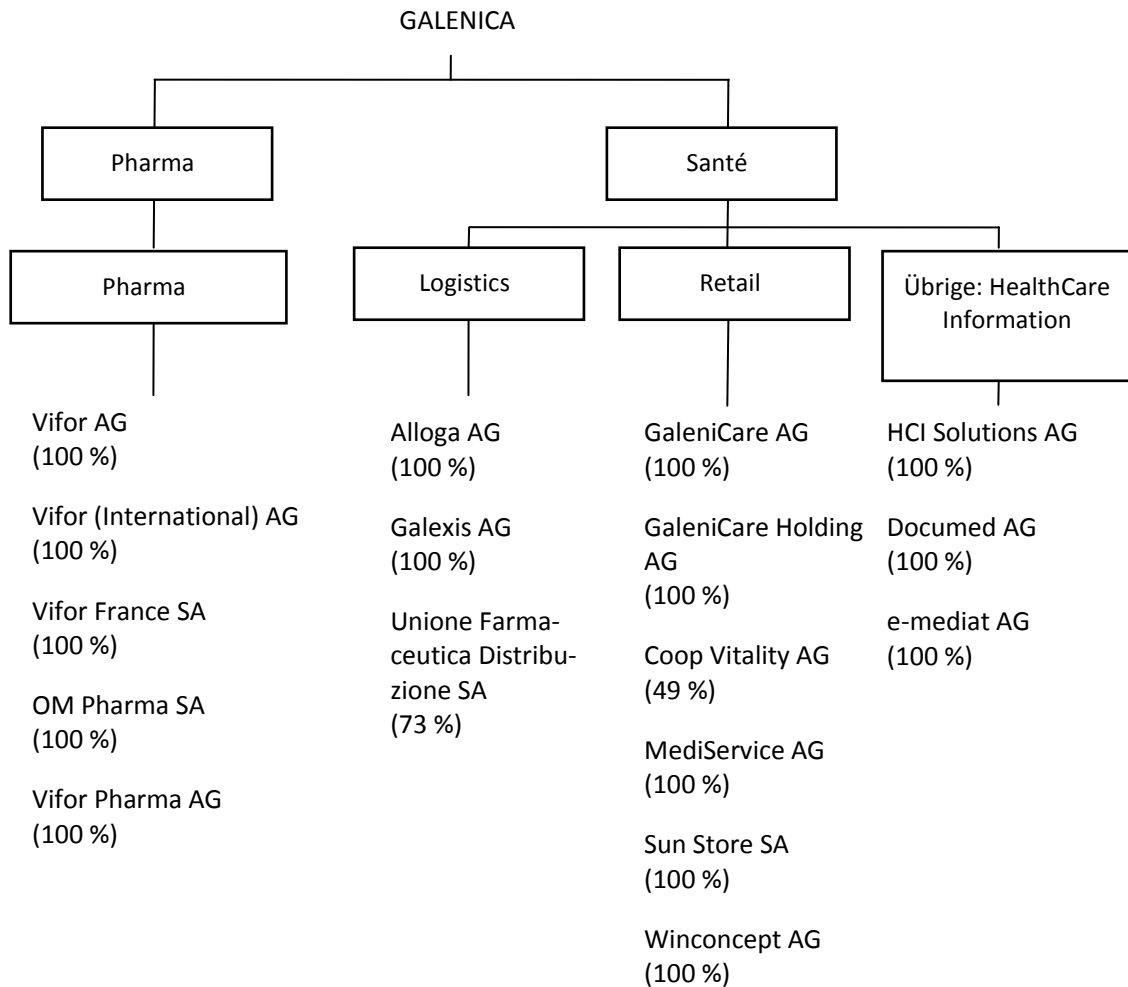
¹ Vgl. dazu unten Rz 11 ff.

² Die Nephrologie ist ein Teilgebiet der Inneren Medizin, welches sich mit den Erkrankungen der Niere sowie deren nicht-operativer Therapie befasst.

³ Rz 78 der Meldung vom 5.9.2011.

⁴ Siehe unten Rz 15 ff. und Abb. 3 nach Rz 17.

Abbildung 1: Galenica Gruppe



Quelle: Angabe der Parteien.

7. Die Vifor AG ist ein spezialisiertes international tätiges Pharmaunternehmen, das rezeptpflichtige sowie nicht rezeptpflichtige Medikamente und pharmazeutische Produkte erforscht, entwickelt, produziert sowie weltweit eigene und fremde Produkte vermarktet und vertreibt. Die Vifor (International) AG (nachfolgend: Vifor) ist spezialisiert auf Eisenpräparate. Ihr gehören unter anderem die Rechte an den intravenös zu verabreichenden Eisenpräparaten Ferinject® (auch Injectafer® genannt) und Venofer®. Ausserdem hat sie PA-21, einen neuen Phosphatbinder entwickelt, der sich zurzeit in der dritten (und damit letzten) klinischen Entwicklungsphase befindet.

8. FMC ist eine Kommanditgesellschaft auf Aktien (KGaA) nach deutschem Recht mit Sitz in Bad Homburg v.d.H., Deutschland.⁵ Sie ist ein weltweit tätiger Anbieter von Dialyseprodukten (Maschinen, Zubehör, Service) und Dienstleistungen (Dialysekliniken) für Menschen mit chronischem Nierenversagen. Ausserdem betreibt FMC weltweit mehr als 2'500 eigene Dialysekliniken (allerdings keine in der Schweiz). Zu den wichtigsten Produktgruppen des Dialysegeschäfts zählen Dialysatoren und Dialysegeräte. Die Produkte werden sowohl an eigene Dialysekliniken wie auch an externe Dialyseanbieter in 115 Ländern vertrieben. Schliesslich umfasst die Produktpalette von FMC die Phosphatbinder PhosLo®,

Phosphosorb® 660 und OsvaRen® sowie eine Lizenz am intravenösen Eisenpräparat Ferrologic®.⁶

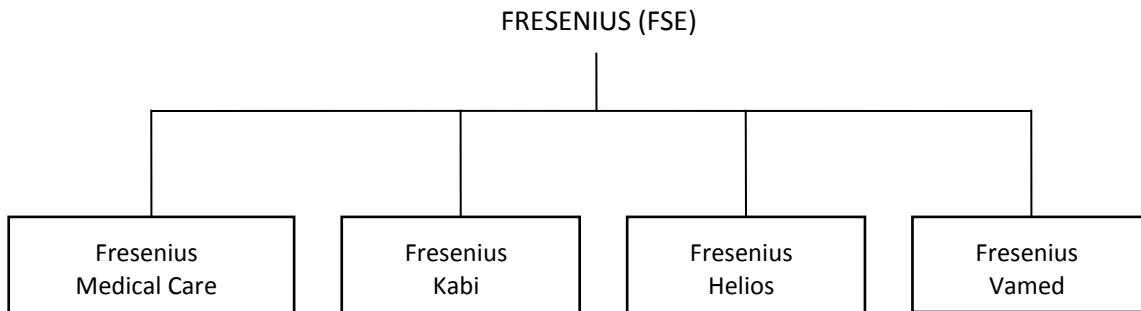
9. FMC wird von der Fresenius SE & Co. KGaA (nachfolgend: FSE), der Muttergesellschaft des international tätigen FSE-Konzerns, kontrolliert, welche 36.4 % der Aktien an der FMC hält. Die Kontrollausübung erfolgt über die persönlich haftende Gesellschafterin der FMC, der Fresenius Medical Care Management AG, die eine hundertprozentige Tochtergesellschaft der FSE ist. Die FSE Gruppe ist ein internationaler Gesundheitskonzern mit Produkten und Dienstleistungen für die Dialyse, das Krankenhaus und die ambulante medizinische Versorgung. Weitere Arbeitsfelder sind das Krankenhausträgergeschäft sowie Engineering- und Dienstleistungen für Krankenhäuser und andere Gesundheitseinrichtungen. Das operative Geschäft verteilt sich auf die folgenden rechtlich selbständigen Unternehmensbereiche:⁷

⁵ Rz 23 der Meldung vom 5.9.2011.

⁶ Rz 26 der Meldung vom 5.9.2011.

⁷ Rz 25 der Meldung vom 5.9.2011.

Abbildung 2: Fresenius Gruppe



Quelle: Angabe der Parteien.

10. In der Schweiz ist FSE mit den Unternehmensbereichen Fresenius Medical Care, Fresenius Kabi und Fresenius Helios vertreten. Was den erstgenannten Bereich Fresenius Medical Care anbelangt, ist in der Schweiz die Fresenius Medical Care (Schweiz) AG (nachfolgend: FMC Schweiz) mit Sitz in Stans tätig. Die FMC Schweiz ist eine hundertprozentige Tochtergesellschaft von FMC und beschäftigt rund 50 Mitarbeiter. Sie versorgt insbesondere Spitäler und Privatärzte mit Produkten im Bereich der Hämo- und Peritonealdialyse. Sie verfügt in der Schweiz indessen über keine eigenen Dialysekliniken.⁸

A.3 Das Gemeinschaftsunternehmen

11. Mit dem Gemeinschaftsunternehmen streben Galenica und FMC gemäss Meldung die Bündelung ihrer Tätigkeiten im Bereich der Nephrologie in einer Joint Venture-Gesellschaft an. Die Transaktion soll dabei gemäss dem Master and Framework Agreement vom 30. November 2010⁹ (nachfolgend: MFA) in mehreren Schritten erfolgen, unterteilt in ein sogenanntes Closing 1 und ein Closing 2.¹⁰

12. Im Rahmen des Closing 1 wurde das Gemeinschaftsunternehmen von Galenica als hundertprozentige Tochtergesellschaft mit dem Zweck der Vermarktung und des Vertriebs von pharmazeutischen Produkten auf dem Gebiet der Nephrologie in Nordamerika gegründet und am 26. November 2010 ins Handelsregister des Kantons St. Gallen eingetragen¹¹.

13. Zur Erfüllung dieses Gesellschaftszwecks gewährte Vifor dem Gemeinschaftsunternehmen mit dem Marketing and Distribution Agreement¹² (nachfolgend: MDA) eine exklusive Lizenz für die Vermarktung und den Vertrieb des Phosphatbinders PA 21 in Nordamerika.¹³ [...].¹⁴

14. Schlussendlich erwarb FMC am 6. Dezember 2010 von Galenica 45 % des Aktienkapitals des Gemeinschaftsunternehmens. Als erste Kaufpreistranche für die Aktien und Gegenleistung für die laufenden Bemühungen und Verpflichtungen der Galenica Gruppe im Bereich der Nephrologie (insb. deren Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Entwicklung, Registrierung und Vermarktung von PA-21) hat FMC Galenica gleichentags den Betrag von [...] bezahlt.¹⁵

15. Gemäss Meldung soll nun in einem zweiten Schritt (sog. Closing 2) nach der Freigabe des Zusammenschlussvorhabens durch die Kartellbehörden der Ge-

sellschaftszweck des Gemeinschaftsunternehmens auf die Forschung, Entwicklung, Vermarktung und den Vertrieb von pharmazeutischen Produkten auf dem Gebiet der Nephrologie weltweit ausgedehnt werden.¹⁶

16. Dazu würde Vifor sämtliche weltweiten Rechte (darunter auch das in Deutschland registrierte Patent mit der Nummer DE 19547356, diverse Patentanmeldungen in den verschiedensten Ländern sowie die damit verbundene Dokumentation und das Know-how) am Phosphatbinder PA-21 an das Gemeinschaftsunternehmen übertragen.¹⁷ Dieser Geschäftsbereich der Galenica Gruppe würde damit vollständig in das Gemeinschaftsunternehmen eingebracht. Das Gemeinschaftsunternehmen würde fortan für die Entwicklung und Markteinführung dieses Produkts verantwortlich sein und das volle Risiko und Gewinnpotential dieses Geschäftsbereiches tragen. Die Markteinführung von PA-21 ist gemäss Meldung bereits [...] geplant.¹⁸ Weiter würde im Rahmen des Closing 2 Vifor dem Gemeinschaftsunternehmen eine exklusive, unentgeltliche Lizenz für die weltweite Vermarktung und den Vertrieb der intravenösen Eisenpräparate Ferinject® und Venofer® beschränkt auf das Gebiet der Nephrologie gewähren.¹⁹ [...].²⁰

⁸ Rz 27 der Meldung vom 5.9.2011.

⁹ Master and Framework Agreement zwischen Fresenius Medical Care Nephrologica Deutschland GmbH und FMC sowie Galenica und Vifor (International) AG vom 30.11.2010 (Beilage 9 zur Meldung vom 5.9.2011).

¹⁰ Rz 43 ff. der Meldung vom 5.9.2011. Vgl. dazu auch Ziff. 2 und 4 MFA.

¹¹ Auszug aus dem Handelsregister des Kantons St. Gallen (Firmennummer: CH-320.3.068.231-8).

¹² Marketing and Distribution Agreement vom 6.12.2010 zwischen Galenica sowie Vifor und dem Gemeinschaftsunternehmen (Beilage 11 zur Meldung vom 5.9.2011).

¹³ Vgl. Ziff. 4 MDA und Ziff. 2.1 MFA.

¹⁴ Vgl. Ziff. 3 MDA und Ziff. 2.1 MFA.

¹⁵ Rz 43 der Meldung vom 5.9.2011. Vgl. auch Ziff. 2.2 MFA.

¹⁶ Rz 44 der Meldung vom 5.9.2011.

¹⁷ Vgl. Ziff. 2 des Asset Sale and Purchase Agreement zwischen Vifor und dem Gemeinschaftsunternehmen (Entwurf; Beilage 12 zur Meldung vom 5.9.2011).

¹⁸ Rz 45 der Meldung vom 5.9.2011.

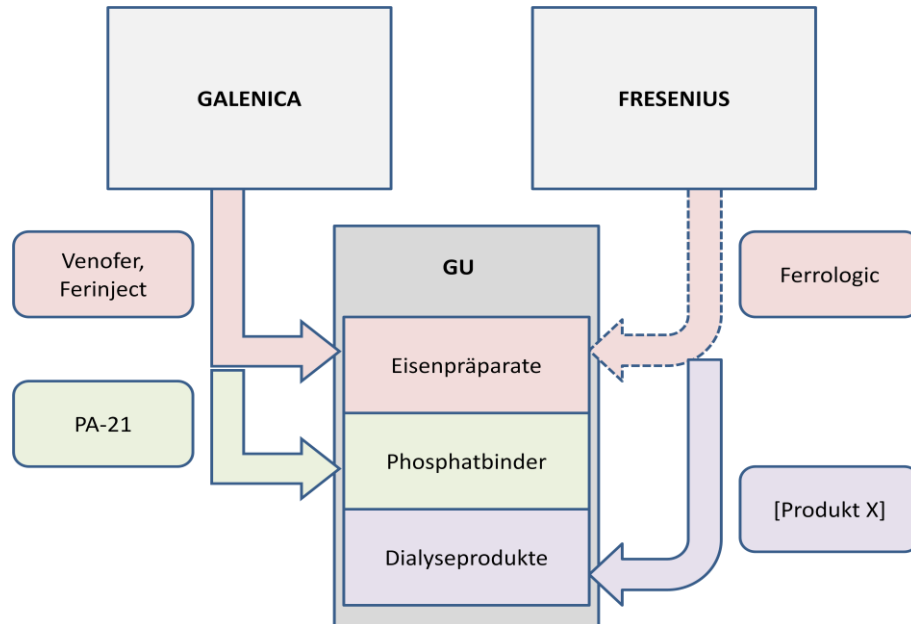
¹⁹ Vgl. Ziff. 2.4 des Licence Agreement zwischen Galenica sowie Vifor und dem Gemeinschaftsunternehmen regarding the Marketing and Distribution of Venofer® and Ferinject® (Entwurf; Beilage 13 zur Meldung vom 5.9.2011).

²⁰ Vgl. Ziff. 3. 2 des Licence Agreement zwischen Galenica sowie Vifor und dem Gemeinschaftsunternehmen regarding the Marketing and Distribution of Venofer® and Ferinject® (Entwurf; Beilage 13 zur Meldung vom 5.9.2011).

17. FMC würde dem Gemeinschaftsunternehmen eine exklusive, unentgeltliche Lizenz für die weltweite Vermarktung und den Vertrieb [des sich in Entwicklung befindenden Produkts X] gewähren, soweit [Produkt X] auf dem Gebiet der Nephrologie eingesetzt wird.²¹ Im Weiter-

ren wird vereinbart, dass das Gemeinschaftsunternehmen in die bereits bestehenden Verträge der FMC mit [...] betreffend das Eisenpräparat Ferrologic® eintreten soll, sofern dieses Unternehmen diesem Vertragseintritt zustimmt. [...].²²

Abbildung 3: Schematische Darstellung des Zusammenschlussvorhabens



Darstellung: Sekretariat.

A.4 Ziele des Zusammenschlussvorhabens

18. Mit dem Gemeinschaftsunternehmen streben Galenica und FMC gemäss Meldung die Bündelung ihrer Tätigkeiten im Bereich der Nephrologie in einer gemeinsamen Joint Venture-Gesellschaft an. Weiter soll mit PA-21 ein Produkt in das Gemeinschaftsunternehmen eingebracht werden, welches ohne Einschränkungen durch das Gemeinschaftsunternehmen entwickelt, vermarktet und vertrieben werden soll. Während die Galenica Gruppe ihr grosses Know-how im Bereich Eisenersatztherapie einbringt, ermöglicht FMC den Zugang zu einem großen Netzwerk von Dialysezentren ausserhalb der Schweiz²³. Mit diesen vereinten Kräften werde es dem Gemeinschaftsunternehmen möglich sein, innovativ und qualitativ hochwertige Produkte zu entwickeln und damit das Leben von Patienten mit chronischer Nierenerkrankung weltweit zu verbessern.²⁴

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

19. Das Kartellgesetz²⁵ 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).

B.1.1 Unternehmen

20. 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 Zusam-

schluss beteiligten Unternehmen sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

21. Wie bereits erwähnt, bestand das Gemeinschaftsunternehmen Vifor Fresenius Medical Care Renal Pharma Ltd. im Zeitpunkt der Meldung bereits; es wurde von Galenica als hundertprozentige Tochtergesellschaft mit dem Zweck der Vermarktung und des Vertriebs von pharmazeutischen Produkten auf dem Gebiet der Nephrologie in Nordamerika gegründet und am 26. November 2010 ins Handelsregister des Kantons St. Gallen eingetragen. Ebenfalls vor der Meldung und zwar am 6. Dezember 2010 erwarb FMC eine Beteiligung von 45 % am Gemeinschaftsunternehmen.²⁶ Der erste Schritt der Transaktion betreffend die Zusammenarbeit zum Zweck der Vermarktung und des Vertriebs in Nordamerika gemäss Ziffer 2 MFA ist abgeschlossen (sog. Closing 1).

²¹ Vgl. Ziff. 2.4 des Licence Agreement zwischen FMC und dem Gemeinschaftsunternehmen regarding the Marketing and Distribution of [Produkt X] (Entwurf; Beilage 14 zur Meldung vom 5.9.2011).

²² Rz 46 der Meldung vom 5.9.2011. Vgl. auch Ziff. 2.2.2 (iv) des Shareholders Agreement zwischen FMC und Galenica vom 30.11.2010 (Beilage 10 zur Meldung vom 5.9.2011).

²³ Vgl. oben Rz 10, wonach die FMC (bzw. FMC Schweiz) in der Schweiz keine Dialysezentren betreibt.

²⁴ Rz 66 der Meldung vom 5.9.2011.

²⁵ Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz, KG; SR 251).

²⁶ Vgl. auch oben Rz 12 ff.

22. Trotz der von den Zusammenschlussparteien gemäss MFA gewählten Vorgehensweise (Gründung der Gesellschaft einzig durch Galenica und anschliessender Erwerb von 45 % durch FMC bei Vorliegen der in Ziff. 2.3 MFA genannten Voraussetzungen) ist vorliegend von einer Neugründung eines Gemeinschaftsunternehmens im Sinne von Artikel 2 Absatz 2 VKU²⁷ und nicht vom Erwerb einer Beteiligung oder dem Abschluss eines Vertrages, durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen, (Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 VKU) auszugehen. Dies, weil die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens durch Galenica klar im Hinblick auf den Beteiligungserwerb durch FMC und die Zusammenarbeit zwischen Galenica und FMC im Bereich Nephrologie erfolgte. Dafür spricht nicht nur die zeitliche Nähe der Gründung zum Abschluss des MFA, welches in Ziffer 2.1 eine diesbezügliche Verpflichtung von Galenica explizit vorsieht, sondern auch die eingetragene Firma des Gemeinschaftsunternehmens, welche nebst der Angabe des zukünftigen Geschäftsfeldes ("Renal Pharma") auch einen direkten Bezug zu beiden Zusammenschlussparteien herstellt ("Vifor Fresenius Medical Care").

23. Nachfolgend wird deshalb geprüft, ob die bereits stattgefundenen Gründung des Gemeinschaftsunternehmens vor dem Hintergrund der gemeldeten, im Rahmen des sogenannten Closing 2 angestrebten Ausweitung der Zusammenarbeit (weltweite Kooperation betreffend den Bereich Nephrologie) als Unternehmenszusammenschluss durch Neugründung im Sinne von Artikel 2 Absatz 2 VKU in Verbindung mit Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b KG zu qualifizieren ist.

24. Die Neugründung eines Gemeinschaftsunternehmens stellt dabei einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne des Kartellgesetzes dar, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind²⁸:

- Das Gemeinschaftsunternehmen wird von den Gründerunternehmen gemeinsam kontrolliert (vgl. Rz 25 ff.);
- Das Gemeinschaftsunternehmen ist ein Vollfunktionsunternehmen (vgl. Rz 31 ff.);
- Geschäftstätigkeiten von mindestens einem der kontrollierenden Unternehmen fliessen in das Gemeinschaftsunternehmen ein (vgl. Rz 37 ff.).

B.1.2.1 Gemeinsame Kontrolle

25. Eine gemeinsame Kontrolle ist gegeben, wenn die beherrschenden Unternehmen bei allen wesentlichen Fragen der Unternehmensführung innerhalb des neuzugründenden Gemeinschaftsunternehmens eine Übereinstimmung erzielen müssen und somit eine Beeinflussung des strategischen Verhaltens und der Geschäftspolitik nicht durch ein einzelnes Unternehmen möglich ist.²⁹

26. Gemeinsame Kontrolle liegt somit vor, wenn die kontrollierenden Unternehmen strategische, geschäftspolitische Entscheidungen, d. h. Entscheidungen über Budget, Geschäftsplan, grössere Investitionen und die Besetzung der Unternehmensleitung gemeinsam treffen,

wobei nicht unbedingt eine einstimmige Beschlussfassung für alle diese Rechte gleichzeitig bestehen muss.³⁰

27. Nachdem FMC, wie bereits erwähnt, am 6. Dezember 2010 von Galenica 45 % des Aktienkapitals des Gemeinschaftsunternehmens von CHF 1'000'000.– erworben hat, betragen die Beteiligungsverhältnisse 55 % (Galenica) und 45 % (FMC). Für die Beurteilung der gemeinsamen Kontrolle sind vorliegend jedoch die Bestimmungen des Shareholders Agreement zwischen FMC und Galenica vom 30. November 2010³¹ (nachfolgend: SHA) massgebend.

28. Gemäss SHA wird der Verwaltungsrat des Gemeinschaftsunternehmens paritätisch zusammengesetzt, wobei sowohl Galenica als auch FMC je vier Mitglieder im achtköpfigen Verwaltungsrat stellen.³² Galenica bestimmt den Präsidenten, FMC den Vizepräsidenten des Verwaltungsrats des Gemeinschaftsunternehmens.³³

29. Beschlüsse des Verwaltungsrats werden grundsätzlich mit dem einfachen Mehr der Stimmen der anwesenden Mitglieder gefällt, wobei der VR-Präsident bei Stimmengleichheit den Stichentscheid fällt.³⁴ Bei einer Reihe von Geschäften im Verwaltungsrat ist jedoch ein Einstimmigkeitserfordernis vorgesehen, [...].³⁵ Zu diesen Geschäften zählen gemäss Ziff. 2.6.9 SHA unter anderem [...].

30. Vor diesem Hintergrund ist von einer gemeinsamen Kontrolle des Gemeinschaftsunternehmens durch Galenica und FMC auszugehen.

B.1.2.2 Vollfunktionsunternehmen

31. Gemäss Artikel 2 Absatz 2 VKU in Verbindung mit Artikel 2 Absatz 1 VKU ist weiter nur dann von einem Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b KG auszugehen, wenn ein neu gegründetes Gemeinschaftsunternehmen auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt.

²⁷ Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17. Juni 1996 (VKU; SR 251.4).

²⁸ RPW 2008/1, 125 Rz 13, *Joint Venture: General Electric Company/Credit Suisse Private Equity Inc./Mubadala Development Company PJSC*.

²⁹ RPW 2008/1, 125 Rz 14, *Joint Venture: General Electric Company/Credit Suisse Private Equity Inc./Mubadala Development Company PJSC*.

³⁰ RPW 2008/2, 275 Rz 16, *Sony Ericsson Mobile Communications AB/Motorola, Inc.*; RPW 2007/2, 306 Rz 15, *Spontis SA*; RPW 2005/2, 349 Rz 23, *Swissgrid*.

³¹ Shareholders Agreement zwischen FMC und Galenica vom 30.11.2010 (Beilage 10 zur Meldung vom 5.9.2011).

³² Ziff. 2.6.1 SHA.

³³ Ziff. 2.6.3 SHA.

³⁴ Ziff. 2.6.8 SHA.

³⁵ Ziff. 2.6.9 SHA.

32. Ein Vollfunktionsunternehmen in diesem Sinne liegt unter folgenden Voraussetzungen vor:

- Das Gemeinschaftsunternehmen muss als Nachfrager oder Anbieter am Markt auftreten.
- Das Gemeinschaftsunternehmen tritt als selbständige wirtschaftliche Einheit auf. Es muss somit in der Lage sein, eine eigenständige Geschäftspolitik verfolgen zu können.
- Das Gemeinschaftsunternehmen ist auf Dauer angelegt, das heisst, es ist dazu bestimmt und in der Lage, seine Tätigkeiten zeitlich unbegrenzt, zumindest aber langfristig auszuüben.
- Das Gemeinschaftsunternehmen muss über ein sich dem Tagesgeschäft widmendes Management und ausreichende Ressourcen wie finanzielle Mittel, Personal, materielle und immaterielle Vermögenswerte verfügen.³⁶

33. Gemäss Meldung wird das Gemeinschaftsunternehmen erst nach Abschluss des Closing 2 ein von Galenica und FMC getrenntes eigenständiges Geschäft betreiben.³⁷ So wird es insbesondere einerseits für sämtliche Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Forschung, Entwicklung, Vermarktung und dem Vertrieb des Phosphatbinders PA-21 weltweit verantwortlich sein.³⁸ Dazu gehören die Entwicklung von PA-21 bis zum Marktauftritt inklusive Durchführung klinischer Studien, die weltweite Registrierung, die globale Vermarktung und der Vertrieb sowie die allfällige Weiterentwicklung von PA-21 nach dem Marktauftritt. Andererseits wird es zudem in der Forschung, Entwicklung, Vermarktung und dem Vertrieb von Venofer®, Ferinject®, ggf. Ferrologic® und [Produkt X] im Bereich der chronischen Nierenerkrankung weltweit tätig sein. Zwar werden gemäss Meldung im Zusammenhang mit der Vermarktung und dem Vertrieb von Venofer®, Ferinject® und ggf. Ferrologic® die individuellen Stärken von bereits vorhandenen Vertriebsorganisationen der Zusammenschlussparteien in den verschiedenen Ländern sowie bestehende Vereinbarungen mit Dritten (namentlich auch der Umstand, dass der Inhaber der Genehmigung für das Inverkehrbringen der Produkte in gewissen Ländern ein lokales Unternehmen zu sein hat und ein Wechsel in der Vertriebsorganisation deshalb zu teuer wäre) mitberücksichtigt.³⁹ Indessen wird das Gemeinschaftsunternehmen für die Forschung und Entwicklung von Venofer®, Ferinject®, ggf. Ferrologic® und [Produkt X] sowie die Lancierung von zukünftigen weiteren Produkten auf dem Gebiet der Nephrologie allein zuständig sein und sämtliche damit verbundenen Kosten tragen.⁴⁰ Das Gemeinschaftsunternehmen wird somit im Bereich der Nephrologie als selbständige wirtschaftliche Einheit und als Anbieter von Produkten am Markt auftreten.

34. Das Gemeinschaftsunternehmen ist zudem auf Dauer angelegt. Dafür spricht neben der vorgesehenen Übertragung von Rechten beziehungsweise der Erteilung von exklusiven, zeitlich nicht beschränkten Lizenzen an das Gemeinschaftsunternehmen für den Bereich der Nephrologie⁴¹ auch die Tatsache, dass das [...].⁴²

35. Zu guter Letzt muss das Gemeinschaftsunternehmen über ein sich dem Tagesgeschäft widmendes Management und ausreichende Ressourcen wie finanzielle

Mittel, Personal, materielle und immaterielle Vermögenswerte verfügen. Auch dies ist vorliegend der Fall: [...]. Im Weiteren wird das Gemeinschaftsunternehmen eigenes Personal anstellen oder Personal von Drittparteien beiziehen.⁴³ Zusätzlich zu den Rechten und Lizenzen, die von den Zusammenschlussparteien eingebracht werden sollen, wird das Gemeinschaftsunternehmen, das sich über die Cashflows aus der operativen Tätigkeit selbst finanzieren wird⁴⁴, mit finanziellen Mittel ausgestattet. So wird das Eigenkapital des Gemeinschaftsunternehmens zunächst [...] betragen.⁴⁵

36. Das Gemeinschaftsunternehmen erfüllt nach Ausweitung der Geschäftstätigkeit im Rahmen des Closing 2 auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit und ist somit als Vollfunktionsunternehmen zu qualifizieren.

B.1.2.3 Geschäftstätigkeit von mindestens einem der kontrollierenden Unternehmen

37. Vorliegend soll im Rahmen des Closing 2 mit der Übertragung von sämtlichen Rechten am Phosphatbinder PA-21 eine Geschäftstätigkeit der Galenica Gruppe vollständig in das Gemeinschaftsunternehmen eingebracht werden. Weiter werden mit den weltweiten Vermarktungs- und Vertriebsrechten (unentgeltliche, weltweite Exklusivlizenzen) von Ferinject®, Venofer® und [Produkt X] auf dem Gebiet der Nephrologie sowie allenfalls dem Eintritt des Gemeinschaftsunternehmens in die bestehenden Verträge von FMC mit [...] betreffend Ferrologic® weitere Geschäftstätigkeiten beider kontrollierenden Unternehmen in das Gemeinschaftsunternehmen eingebracht.⁴⁶ Die in Artikel 2 Absatz 2 VKU am Schluss genannte Voraussetzung ist somit vorliegend erfüllt.

B.1.2.4 Ergebnis

38. Das gegründete Gemeinschaftsunternehmen erfüllt nach der gemeldeten, im Rahmen des Closing 2 angestrebten Ausweitung seines Geschäftszweckes die Voraussetzungen von Artikel 2 Absatz 2 VKU. Es liegt somit ein Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 KG vor.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

39. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Artikel 3 Absatz 1 KG wurde von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

³⁶ RPW 2008/1, 126 Rz 20, *Joint Venture: General Electric Company/Credit Suisse Private Equity Inc./Mubadala Development Company PJSC*; RPW 2005/2, 349 Rz 26, *Swissgrid* (m.w.H.).

³⁷ Rz 59 der Meldung vom 5.9.2011.

³⁸ Ziff. 2.2.6 SHA.

³⁹ Ziff. 2.2.7 SHA.

⁴⁰ Rz 59 der Meldung vom 5.9.2011.

⁴¹ Vgl. oben Rz 15 ff.

⁴² Ziff. 6.2.1 SHA.

⁴³ Rz 61 der Meldung vom 5.9.2011. Vgl. oben Rz 15 ff.

⁴⁴ Ziff. 2.4.1 SHA.

⁴⁵ Rz 63 der Meldung vom 5.9.2011.

⁴⁶ Vgl. oben Rz 16 f.

B.3 Meldepflicht

40. Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen sind vor ihrem Vollzug der Wettbewerbskommission zu melden, sofern im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss die beteiligten Unternehmen einen Umsatz von insgesamt mindestens CHF 2 Mrd. oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insge-

samt 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).

41. Der weltweit konsolidierte Umsatz der beteiligten Unternehmen belief sich gemäss Meldung im Geschäftsjahr 2010 auf:

Abbildung 4: Weltweiter Umsatz der beteiligten Unternehmen

Unternehmen	Weltweiter Umsatz 2010 (in Mio. CHF)
Galenica Gruppe	3'104
FSE Gruppe	20'900
Total	24'004

Quelle: Angaben der Parteien (Rz 69/70 der Meldung vom 5.9.2011).

42. Die beteiligten Unternehmen erzielten im Jahr 2010 insgesamt einen weltweiten Umsatz von über CHF 2 Mrd., womit der Grenzwert gemäss Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe a KG überschritten ist.

43. Im Geschäftsjahr 2010 erzielten die beteiligten Unternehmen in der Schweiz folgende Umsätze:

Abbildung 5: Umsatz der beteiligten Unternehmen in der Schweiz

Unternehmen	Schweizer Umsatz 2010 (in Mio. CHF)
Galenica Gruppe	2'904
FSE Gruppe	[...]
Total	[...]

Quelle: Angaben der Parteien (Rz 72/73 der Meldung vom 5.9.2011).

44. Beide beteiligten Unternehmen haben im Jahr 2010 in der Schweiz einen Umsatz von mehr als CHF 100 Mio. erzielt, womit der Grenzwert von Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe b KG überschritten ist.

45. Die Umsatzschwellen von Artikel 9 Absatz 1 KG sind damit erreicht. Das Zusammenschlussvorhaben ist somit meldepflichtig.

B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

46. Meldepflichtige Zusammenschlüsse unterliegen der vertieften durch die Wettbewerbskommission, sofern sich in einer vorläufigen Prüfung (Art. 32 Abs. 1 KG) Anhaltspunkte ergeben, dass sie eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken (Art. 10 Abs. 1 KG).

47. Um zu beurteilen, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, sind zunächst die relevanten Märkte abzugrenzen. In einem zweiten Schritt wird die Veränderung der Stellung der beteiligten Unternehmen auf diesen Märkten durch den Zusammenschluss beurteilt.

48. Das Gemeinschaftsunternehmen wird nach Ausdehnung des Geschäftszwecks im Rahmen des Closing 2

im Bereich der Forschung, Entwicklung, Vermarktung und des Vertriebs von pharmazeutischen Produkten zur Behandlung von Hyperphosphatämie und Eisenmangelanämie einerseits und von medizinischen Systemen im Bereich der Dialyse (Dialyseprodukte) andererseits tätig sein.⁴⁷ Nachfolgend wird zuerst auf den Bereich der pharmazeutischen Produkte eingegangen.

B.4.1 Pharmazeutische Produkte

B.4.1.1 Sachlich relevante Märkte

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

50. Arzneimittel können gemäss der ATC-Klassifikation⁴⁸ eingeordnet werden. Die ATC-Klassifikation ist ein Klassifikationssystem für Arzneimittel und wird zur Angabe von Indikationen verwendet. Die erste Stufe (anatomische Hauptgruppe) gibt die generellen therapeutischen

⁴⁷ Rz 78 der Meldung vom 5.9.2011.

⁴⁸ Sog. Anatomisch-therapeutisch-chemisches Klassifikationssystem der European Pharmaceutical Market Research Association (EPHMA), <http://www.ephma.org/PDF/ATCGuidelines2011.pdf> (28.9.2011).

Gruppen wieder. In den höheren Stufen werden diese Therapiegruppen nach medizinischen Kriterien weiter aufgegliedert. 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. Die erste Stufe (ATC-1) die allgemeinste und die letzte Stufe die detaillierteste.

51. Die ATC-Klassifikation wurde bereits bei der Prüfung von Zusammenschlussvorhaben sowohl von der Wettbewerbskommission⁴⁹ als auch von der EU-Kommission⁵⁰ angewandt.

52. Für die Abgrenzung der einzelnen, sachlich relevanten Produktmärkte wird (vorwiegend) den therapeutischen Klassen der Stufe 3 in der ATC-Klassifikation gefolgt. Es kann davon ausgegangen werden, dass die Medikamente innerhalb der höheren ATC-Klassen funktional austauschbar sind, selbst wenn sie den Wirkstoffeinteilungen innerhalb der therapeutischen Gruppen des Arzneimittelkompendiums nicht immer entsprechen. Es kann jedoch sinnvoll sein, Analysen auf anderen Stufen der ATC-Klassifikation durchzuführen. So kann es sich beispielsweise aufdrängen, bestimmte Gruppen zusammenzufassen. Dies ist insbesondere dann angebracht, wenn bestimmte Produkte aus verschiedenen ATC-Klassen Substitute für die Behandlung einer spezifischen Krankheit darstellen.⁵¹

53. Es können indes zusätzliche, nachfrageseitige Kriterien zur Marktabgrenzung beigezogen werden, etwa die Unterscheidung in rezeptpflichtige und nicht rezeptpflichtige oder kassenpflichtige (gemäss Spezialitätenliste) und nicht kassenpflichtige Arzneimittel.⁵²

54. Die vom vorliegenden Zusammenschluss betroffenen pharmazeutischen Produkte, die im Rahmen des Closing 2 in Form von Rechten oder (exklusiven) Lizenzen auf das Gemeinschaftsunternehmen übertragen werden sollen⁵³, lassen sich den Kategorien Phosphatbinder (Phosphatbinder PA-21) oder Eisenpräparate (Venofer®, Ferinject® und ggf. Ferrologic®) zuordnen.

B.4.1.1.1 Phosphatbinder

55. Phosphatbinder gehören auf der ATC-Stufe 3 zur Klasse V3G ("HYPERKALAEMIA / HYPERPHOSPHATAEMIA PRODUCTS"), d.h. therapeutische Medikamente zur Behandlung von Hyperkaliämie und Hyperphosphatämie. Phosphatbinder werden verwendet um die Phosphatwerte bei Dialysepatienten zu reduzieren. Phosphat ist in vielen Nahrungsmitteln enthalten. Bei gesunden Menschen wird das Phosphat über die Nieren ausgeschieden. Bei Patienten mit chronischer Nierenerkrankung kommt es dagegen zu einer schädlichen Anreicherung von Phosphat im Körper, was sich in erhöhten Serumphosphatwerten manifestiert. Phosphatbinder binden das mit der Nahrung aufgenommene Phosphat im Darm und hemmen so dessen Aufnahme in den Körper.⁵⁴

56. Phosphatbinder basieren grundsätzlich auf Aluminium oder Kalzium. Neuerdings werden auch Phosphatbinder produziert, die weder aluminium- noch kalziumhaltig sind. Insbesondere handelt es sich bei dem sich in

Entwicklung befindenden Phosphatbinder PA-21 um einen neuartigen Phosphatbinder.⁵⁵

57. Es stellt sich vorliegend die Frage, ob sämtliche Phosphatbinder dem sachlich relevanten Markt zugehören (so die Meinung der Zusammenschlussparteien⁵⁶), oder ob eine engere Marktabgrenzung als auf ACT-Stufe 3 vorzunehmen ist, insbesondere eine Abgrenzung zwischen aluminiumbasierten, kalziumbasierten und weiteren Phosphatbindern. Für eine engere Marktabgrenzung spricht möglicherweise die Tatsache, dass trotz gleicher grundsätzlicher Funktionsweise und Anwendungsart (orale Einnahme) aller Phosphatbinder, die Indikation bei gewissen Patientengruppen gegen die Einnahme von Phosphatbindern mit einer bestimmten Basis (dabei insb. Kalzium) sprechen kann.⁵⁷

58. Auf eine genaue Definition des sachlich relevanten Marktes kann letztlich verzichtet werden, da keines der beteiligten Unternehmen aktuell in der Schweiz Phosphatbinder vertreibt oder vermarktet und somit in diesem Bereich kein betroffener Markt vorliegt.⁵⁸

B.4.1.1.2 Eisenpräparate

59. Eisenpräparate gehören auf der ACT-Stufe 3 zur Klasse B3A ("HAEMATINICS, IRON AND ALL COMBINATIONS"). Das Element Eisen ist ein wichtiges Spurenelement im menschlichen Körper. Der Sauerstofftransport, die Sauerstoffaufnahme, Zellfunktionen und letztlich der gesamte Energiestoffwechsel sind von einem ausreichenden Eisenangebot abhängig. Bei Eisenmangel können Blutarmut, Abwehrschwäche, starke Müdigkeitserscheinungen, Konzentrationsschwäche sowie Sehstörungen auftreten. Die Eisenmangelanämie ist heutzutage die weltweit häufigste Mangelkrankung. Zur Behandlung können oral und intravenös einzunehmende Eisenpräparate eingesetzt werden.⁵⁹

60. Bei den vom Zusammenschluss betroffenen Produkten Venofer®, Ferinject® und Ferrologic® handelt es sich jeweils um intravenöse Eisenpräparate. Es stellt sich somit die Frage, ob für oral beziehungsweise intravenös einzunehmende Eisenpräparate jeweils eigene sachliche Märkte abzugrenzen sind.

⁴⁹ Vgl. z.B. RPW 2009/4, 349 ff., *Pfizer/Wyeth*; RPW 2003/2, 314 ff., *Pfizer Inc./Pharmacia Corp.*; RPW 2001/2, 338 ff., *Glaxo Wellcome PLC/SmithKline Beecham PLC*; RPW 1999/3, 484 ff., *Hoechst/Rhône-Poulenc*; RPW 1998/1, 62 ff., *Roche/Corange*.

⁵⁰ Vgl. z.B. KOMM, ABl. 1995 C 294/9, *Upjohn/Pharmacia*; KOMM, ABl. 1997 L 201/1, *Ciba-Geigy/Sandoz*; KOMM, ABl. 1996 C 306/3, *Schering/Gehe-Jenapharm*; KOMM, ABl. 2003 C 110/24, *Pfizer/Pharmacia*; KOMM, ABl. 2008 C 80/8; *Schering-Plough/Organon Biosciences*.

⁵¹ RPW 2009/4, 351 Rz 27, *Pfizer/Wyeth*.

⁵² RPW 2009/4, 351 Rz 28, *Pfizer/Wyeth*.

⁵³ Vgl. oben Rz 16 f.

⁵⁴ Rz 84 der Meldung vom 5.9.2011.

⁵⁵ Rz 86 der Meldung vom 5.9.2011.

⁵⁶ Vgl. Rz 87 der Meldung vom 5.9.2011.

⁵⁷ Vgl. Rz 86 der Meldung vom 5.9.2011.

⁵⁸ Vgl. dazu unten Rz 68 f.

⁵⁹ Vgl. Rz 89 der Meldung vom 5.9.2011.

61. Die Zusammenschlussparteien sind der Auffassung, dass der sachlich relevante Markt alle Eisenpräparate der ATC-Stufe 3 umfasse und keine Unterscheidung in intravenöse und orale Eisenpräparate erfolgen solle.⁶⁰ Sie führen diesbezüglich unter anderem aus, dass intravenöse und orale Eisenpräparate keine unterschiedliche therapeutische Wirkung hätten ("Eisen ist Eisen"), Preisunterschiede zwischen oralen und intravenösen Eisenpräparaten sich durch unterschiedliche Behandlungsmengen relativieren würden und eine Selbstmedikation etwa auf Grund von möglichen Nebenwirkungen generell unangebracht scheine und fast sämtliche Patienten, die an Eisenmangel leiden, Eisenpräparate erst nach Konsultation eines Arztes kaufen würden, weshalb auch keine Unterscheidung zwischen rezept- und nicht rezeptpflichtigen (oralen) Eisenpräparaten gerechtfertigt sei.⁶¹

62. Dem kann entgegengehalten werden, dass intravenöse Eisenpräparate zwei bedeutende Vorteile gegenüber oralen Präparaten aufweisen. Erstens ermöglichen sie es, den Patienten mit der exakten Menge an nötigem Eisen zu versorgen. Zweitens sind die Nebenwirkungen geringer, da der Darm nur kleine Mengen an Eisen aufnehmen kann. Diese beiden Vorteile werden auch von den Parteien anerkannt.⁶² Die genannten Vorteile führen dazu, dass in der Praxis fast ausschliesslich intravenöse Eisenpräparate an Dialyse- und Nierenpatienten verabreicht werden und nur in absoluten Ausnahmefällen auf orale Präparate ausgewichen wird. Ausserdem erscheint es kaum möglich, den grossen Eisenbedarf von Dialyse- oder Nierenpatienten ausschliesslich über orale Präparate zu decken. Schliesslich kann angeführt werden, dass Dialyse- und Nierenpatienten generell sehr viele verschiedene orale Präparate einnehmen müssen und es ihnen oft nicht zugemutet werden kann, zusätzlich orale Eisenpräparate einzunehmen. Insofern können zumindest für Dialyse- und Nierenpatienten orale Eisenpräparate generell wohl nicht als Substitute für intravenöse Eisenpräparate angesehen werden.

63. Eine genaue Definition des sachlich relevanten Marktes kann vorliegend jedoch offen gelassen werden, da – wie nachfolgend gezeigt wird⁶³ – unabhängig von der sachlichen Marktabgrenzung keine genügenden Anhaltspunkte bestehen, wonach der Zusammenschluss die marktbeherrschende Stellung von Galenica (Vifor) im Bereich Eisenpräparate in der Schweiz verstärkt.

B.4.1.2 Räumlich relevante Märkte

64. 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).

65. Gemäss ständiger Praxis ist bei Arzneimitteln von einem nationalen Markt auszugehen.⁶⁴ Es gibt vorliegend keinen Grund von dieser Praxis abzuweichen. Als räumlich relevanter Markt gilt somit sowohl für Phosphatbinder als auch für Eisenpräparate das Gebiet der Schweiz.

B.4.1.3 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

66. Es werden nur diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte einer eingehenden Analyse unterzogen, in wel-

chen ein Zusammenschluss vollzogen wird und 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 und ein anderes beteiligtes Unternehmen:

- einen Markteintritt in diesen betroffenen Markt plant oder diese Zielsetzung in den letzten zwei Jahren verfolgt hat; oder
- auf diesem betroffenen Markt über wichtige Immaterialgüterrechte verfügt; oder
- auf einem im Verhältnis zu diesem betroffenen Markt vor-/nachgelagerten oder benachbarten (eng verbundenen) Markt tätig ist; oder
- zwar auf dem betroffenen sachlichen, nicht aber räumlichen Markt tätig ist.⁶⁵

67. Wo diese Schwellen nicht erreicht werden oder die entsprechenden Kriterien nicht erfüllt werden, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung. Daher werden nachfolgend lediglich diejenigen Märkte aufgeführt, in denen ein Zusammenschluss erfolgt und in denen diese Marktanteilsschwellen (nach Umsatz) erreicht und die entsprechenden Kriterien erfüllt sind. Dies ist vorliegend betreffend die Eisenpräparate, nicht aber – wie gerade anschliessend gezeigt wird – betreffend die Phosphatbinder der Fall.

B.4.1.3.1. Phosphatbinder

68. Keines der beteiligten Unternehmen vertreibt oder vermarktet aktuell Phosphatbinder in der Schweiz: Die Entwicklung des Phosphatbinders PA-21 (klinische Studie Phase 3) ist noch nicht abgeschlossen und die Phosphatbinder von FMC (PhosLo®, Phosphosorb® 660 und OsvaRen®) sind in der Schweiz (noch) nicht zugelassen. Für das Produkt [...], das wie die weiteren Phosphatbinder von FMC vom Zusammenschluss nicht betroffen ist, [...].⁶⁶

69. Da die Marktanteilsschwellen gemäss Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU (unabhängig von der genauen Marktdefinition) nicht erreicht werden, liegt kein betroffener Markt vor. Es kann in diesem Bereich somit von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden, zumal dieser nur den sich noch in Entwicklung befindenden Phosphatbinder PA-21 betrifft und in der Schweiz aktuell diverse Phosphatbinder auf dem Markt sind, die auf Aluminium, Kalzium oder alternativen

⁶⁰ Vgl. Rz 102 der Meldung vom 5.9.2011.

⁶¹ Vgl. Rz 97 und 100 f. der Meldung vom 5.9.2011.

⁶² Vgl. Rz 97 der Meldung vom 5.9.2011.

⁶³ Vgl. unten Rz 70 ff.

⁶⁴ RPW 2009/4, 352 Rz 32, *Pfizer/Wyeth* (m.w.H.).

⁶⁵ Vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU und RPW 2010/1, 5 ("Fusionen"), Jahresbericht 2009 der Wettbewerbskommission sowie Mitteilung: Neue Praxis bei Zusammenschlussverfahren vom 25.03.2011, abrufbar unter <www.WEKO.admin.ch/dokumentation/01007/index.html?lang=de>. Diese Märkte werden hier als vom Zusammenschluss betroffene Märkte bezeichnet.

⁶⁶ Rz 88 der Meldung vom 5.9.2011.

Stoffen basieren und gegen die sich das neue Produkt PA-21 wird behaupten müssen. Nach Angaben der Zusammenschlussparteien dominieren derzeit die Produkte Renagel® von Genzyme mit einem Marktanteil von rund [80–90] % und Fosrenol® von Opopharma mit einem Marktanteil von [10–20] % den Schweizer Markt.⁶⁷

B.4.1.3.2. Eisenpräparate

B.4.1.3.2.1 Aktueller Wettbewerb

70. Die Marktanteile der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen präsentieren sich im Bereich Eisenpräparate gemäss Meldung wie folgt:

Abb. 6: Umsatzbezogene Marktanteile der beteiligten Unternehmen im Bereich Eisenpräparate (oral und intravenös) in der Schweiz in den Jahren 2008–2010

Hersteller	2008	2009	2010
Vifor (Galenica)	[80-90 %]	[90-100 %]	[90-100 %]
FMC (FES)	0 %	0 %	0 %
Robapharm	[0-10 %]	[0-10 %]	[0-10 %]
UCB Pharma	[0-10 %]	[0-10 %]	[0-10 %]
Übrige	[0-10 %]	[0-10 %]	[0-10 %]
Total	100 %	100 %	100 %

Quelle: IMS Health, Schätzung der Parteien.

Abb. 7: Umsatzbezogene Marktanteile der beteiligten Unternehmen im Bereich Eisenpräparate (intravenös) in der Schweiz in den Jahren 2008–2010

Hersteller	2008	2009	2010
Vifor (Galenica)	100 %	100 %	100 %
FMC (FES)	0 %	0 %	0 %
Total	100 %	100 %	100 %

Quelle: IMS Health.

71. Es zeigt sich somit, dass Galenica, unabhängig von der Frage, ob oral beziehungsweise intravenös verabreichte Eisenpräparate dem gleichen oder verschiedenen Märkten zuzuordnen sind⁶⁸, in der Schweiz über sehr hohe Marktanteile verfügt.

72. Folgt man der Auffassung der Parteien, wonach der sachlich relevante Markt ohne Unterscheidung in intravenöse und orale Verabreichungsart alle Eisenpräparate der ATC-Stufe 3 umfasst⁶⁹, so kommt Galenica mit den intravenös verabreichten Produkten Venofer® und Ferinject® sowie den beiden oral einzunehmenden Arzneimitteln Maltofer® und Ferrum Hausmann® ihrer Tochtergesellschaft Vifor gemäss Meldung im Jahr 2010 bei einem Marktvolumen von über [...] auf einen umsatzbasierten Marktanteil von [90-100 %]. Alleine die vom Zusammenschluss betroffenen Produkte Venofer® und Ferinject® erreichen bereits einen Marktanteil von [80-90 %].

73. Geht man von der engeren Marktabgrenzung aus (nur intravenös verabreichte Eisenpräparate), so hält Galenica wiederum bezogen auf das Jahr 2010 bei einem Marktvolumen von über [...] sogar einen Marktanteil von 100 %, sind die Vifor-Produkte Venofer® und Ferinject® doch aktuell die einzigen in der Schweiz zugelassenen intravenösen Eisenpräparate.

74. Aufgrund dieser sehr hohen Marktanteile kann aktuell von einer bestehenden marktbeherrschenden Stellung von Galenica (Vifor) im Bereich Eisenpräparate in

der Schweiz ausgegangen werden. FMC hingegen ist gegenwärtig in der Schweiz im Bereich Eisenpräparate nicht tätig. Das intravenöse Eisenpräparat Ferrologic®, das von [...] entwickelt wurde und an dem FMC eine Lizenz zum Vertrieb verfügt, ist in der Schweiz nicht zugelassen. Aufgrund des im Rahmen des Closing 2 angestrebten Vertragseintritts des Gemeinschaftsunternehmens in den Lizenzvertrag zwischen FMC und [...] betreffend das Eisenpräparat Ferrologic®⁷⁰ kommt es vorliegend somit nicht zu einer Marktanteilsaddition. Das Zusammenschlussvorhaben hat deshalb vorliegend insofern keinen direkten Effekt auf den aktuellen Wettbewerb, als dass durch dieses kein aktueller Wettbewerber wegfällt.

75. Es bleibt dennoch zu prüfen, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass das Zusammenschlussvorhaben eine aufgrund der festgestellten Marktanteile bestehende

⁶⁷ Schreiben von Galenica/FMC vom 7.4.2011, S. 3.

⁶⁸ Vgl. betreffend die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes oben Rz 59 ff.

⁶⁹ Vgl. Rz 102 der Meldung vom 5.9.2011.

⁷⁰ Vgl. dazu auch oben Rz 17.

marktbeherrschende Stellung von Galenica auf dem Markt für Eisenpräparate in der Schweiz verstärken könnte. Dafür sind nachfolgend einerseits mögliche Auswirkungen auf den potenziellen Wettbewerb und andererseits mögliche Portfolioeffekte darzustellen.

B.4.1.3.2.2 Potenzieller Wettbewerb

76. Als potenzielle Konkurrenten gelten Unternehmen, welche sich zum aktuellen Zeitpunkt noch nicht im Markt befinden, die aber innerhalb nützlicher Frist in den Markt eintreten können. Dabei gilt es abzuklären, ob (i) ein oder mehrere Marktzutritte hinreichend wahrscheinlich sind, ob (ii) die Zutritte genügend rasch erfolgen und (iii) der Umfang eines oder mehrerer Zutritte genügend gross ist, um eine disziplinierende Wirkung auf die etablierten Unternehmen auszuüben.

77. Das Sekretariat hat im Rahmen der vorläufigen Prüfung Fragebogen an international tätige Pharmaunternehmen versandt, welche ebenfalls intravenöse Eisenpräparate herstellen oder vertreiben. Aus den Antworten geht hervor, dass [...] Zulassungsgesuch/e für intravenöse Eisenpräparate bei Swissmedic hängig ist/sind. [...] Die Markteinführung wird für [...] erwartet.

78. [...].

79. Alles in allem kann davon ausgegangen werden, dass [in nächster Zeit ein/mehrere Marktzutritt/e im Bereich "intravenöse Eisenpräparate" in die Schweiz stattfinden wird/werden und dadurch der Wettbewerb verstärkt werden wird]. Darüber hinaus hat das Sekretariat festgestellt, dass [...] verschiedene weitere internationale Pharmakonzerne intravenöse Eisenpräparate in ihrer Produktpalette führen und erfolgreich in Europa und Nordamerika vermarkten ([...]) oder solche am Entwickeln sind ([...]). [...] ist nicht auszuschliessen, dass auch von diesen Unternehmen eine gewisse disziplinierende Wirkung auf die in der Schweiz etablierten Unternehmen ausgeht. Dies insbesondere, da die Markteintrittsbarrieren für intravenöse Eisenpräparate nicht sehr hoch sind (v.a. für Präparate, welche bereits in der EU zugelassen sind, ist ein Markteintritt mit eher geringen Kosten verbunden).

B.4.1.3.2.3 Wegfall von potenziellem Wettbewerb

80. Führt ein Zusammenschluss dazu, dass ein potenzieller Wettbewerber wegfällt, so kann dies sowohl kurz- als auch langfristig zu wettbewerbsschädlichen Effekten führen. Langfristig ist der Wegfall meist dann schädlich, wenn der potenzielle Wettbewerber ohne den Zusammenschluss in den Markt eingetreten wäre. Kurzfristig kann der Wegfall schädlich sein, wenn das etablierte Unternehmen durch den potenziellen Wettbewerber diszipliniert wurde.

81. Im Rahmen des Closing 2 soll dem Gemeinschaftsunternehmen einerseits eine exklusive, unentgeltliche Lizenz für die weltweite Vermarktung und den Vertrieb der intravenösen Eisenpräparate Ferinject® und Venofer® beschränkt auf das Gebiet der Nephrologie von Vifor gewährt werden und andererseits soll das Gemeinschaftsunternehmen in die bereits bestehenden Verträge der FMC mit [...] betreffend das intravenöse Eisenpräparat Ferrologic® eintreten, sofern dieses Unternehmen dem Vertragseintritt zustimmt.⁷¹ Das Zusammenschluss-

vorhaben kann somit dazu führen, dass für Galenica (Vifor) ein allfälliger potenzieller Konkurrent (FMC mit Ferrologic®) auf dem Markt für (intravenöse) Eisenpräparate wegfällt. Dass das intravenöse Eisenpräparat Ferrologic® von [...] dem gleichen Markt wie die intravenösen Eisenpräparate von Galenica (Vifor) zuzuordnen ist, zeigt bereits [...].

82. Vor dem Gesagten ist davon auszugehen, dass zufolge Wegfalls Ferrologic weder die realistische Chance potenziellen Wettbewerbs abnehmen⁷² (keine Produkte mit hängigem Zulassungsverfahren betroffen), noch die Abschreckungswirkung Galenicas (Vifors) durch den Zusammenschluss merklich zunehmen wird ([...], kein hängiges Zulassungsgesuch betreffend Ferrologic und weitere intravenöse Eisenpräparate auf dem europäischen Markt). Das Sekretariat geht vor diesem Hintergrund davon aus, dass sich die marktbeherrschende Stellung Galenicas (Vifors) durch den Zusammenschluss nur unwesentlich verändern und *in casu* keine Verschlechterung der Wettbewerbssituation eintreten wird. Das Sekretariat erwartet vielmehr, dass sich Galenica (Vifor) in den nächsten Jahren verstärktem Wettbewerb wird ausgesetzt sehen und somit eine Verstärkung des Wettbewerbs eintreten wird.

B.4.1.3.2.4 Portfolioeffekte

83. Portfolioeffekte sind unilaterale Fusionswirkungen, welche aus der fusionsbedingten Erweiterung der Produktpalette entstehen können. Durch die Zusammenführung verschiedener komplementärer Produkte können sich unter Umständen die Anreize verändern, solche Produkte gekoppelt oder gebündelt zu vermarkten. Die Theorie der Portfolioeffekte basiert daher weitgehend auf den Erkenntnissen zu Anreizen und Wirkungen von Koppelungs- und Bündelungspraktiken.⁷³

84. Im vorliegenden Zusammenschlussvorhaben stellt sich in diesem Zusammenhang insbesondere die Frage, inwiefern intravenöse Eisenpräparate mit dem Dialyseprodukt [Produkt X]⁷⁴ gekoppelt oder gebündelt werden können. Es sei zuerst darauf hingewiesen, dass dem Gemeinschaftsunternehmen im Bereich Dialyseprodukte einzig eine Lizenz am [Produkt X] (und an keinem weiteren Dialyseprodukt) gewährt wird (vgl. dazu Rz 17 ff.). Da sich [Produkt X] derzeit noch in Entwicklung befindet, ist es potenziellen Nachfragern noch nicht bekannt und besteht entsprechend keine Nachfrage. Die Zusammenschlussparteien selber sehen in diesem Zusammenhang keine Möglichkeit einer Koppelung/Bündelung der Eisenpräparate mit [Produkt X], sollte es denn vermarktet werden. [Produkt X] sei [...] allgemein für die Verabreichung von [...] Medikamenten über die Dialysemaschine und nicht spezifisch für Eisenpräparate konzipiert worden.

⁷¹ Vgl. oben Rz 16 f.

⁷² THOMAS ULRICH, Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung in der schweizerischen Fusionskontrolle, 2004, 53.

⁷³ Bundeskartellamt, Konglomerate Zusammenschlüsse in der Fusionskontrolle - Bestandsaufnahme und Ausblick, Diskussionspapier, 2006, 20, <http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Diskussionsbeitraege/060830_AK_Kartellrecht.pdf> (28.9.2011).

⁷⁴ Vgl. dazu auch unten Rz 88.

85. Heutzutage bestehen im Spitalbereich separate und unabhängige Verkaufskanäle: Intravenöse Eisenpräparate müssen im Spital verabreicht werden und werden mehrheitlich von Spitalapotheken eingekauft. Demgegenüber werden Dialyseprodukte und entsprechende Serviceleistungen durch die Spitaladministration eingekauft. Bei Privatärzten und -kliniken, welche Dialysebehandlungen anbieten, bestehen hingegen wohl keine separaten Verkaufskanäle. Abklärungen des Sekretariats haben gezeigt, dass ein gemeinsamer Verkauf von Eisenpräparaten und Dialyseprodukten von den Ärzten nicht geschätzt würde, da es sich um verschiedene Produkte handle und auch die damit verbundene Abhängigkeit von einem einzigen Unternehmen als störend empfunden würde. Die momentanen Verkaufsstrukturen (separate Verkaufskanäle) sowie die ablehnende Haltung der Ärzte stehen einer allfälligen Bündelung entgegen. Ausgeschlossen werden können Portfolioeffekte hingegen nicht. Denn ob und inwiefern in Zukunft Bündelungspraktiken von [Produkt X] und Eisenpräparaten möglich sein werden, hängt von verschiedenen Faktoren ab und kann vom Sekretariat zum jetzigen Zeitpunkt nicht abschliessend eingeschätzt werden.

B.4.1.3.2.4 Fazit

86. Es bestehen momentan nicht genügend Anhaltspunkte dafür, dass durch das Zusammenschlussvorhaben aufgrund des Wegfalls eines potenziellen Wettbewerbers (FMC mit Ferrologic®) oder aufgrund möglicher Portfolioeffekte die marktbeherrschende Stellung von Galenica (Vifor) im Bereich Eisenpräparate in der Schweiz verstärkt wird.

B.4.2 Dialyseprodukte

87. Im Rahmen des Closing 2 soll dem Gemeinschaftsunternehmen von FMC eine exklusive (jedoch auf das Gebiet der Nephrologie beschränkte), unentgeltliche Lizenz für die weltweite Vermarktung und den Vertrieb von [Produkt X] gewährt werden.⁷⁵

88. Bei [Produkt X] handelt es sich um ein sich derzeit noch in Entwicklung befindendes [neuartiges Produkt]. Es soll ermöglichen, [...] Medikamente über die Dialysemaschine dem Patienten zu verabreichen, womit das Handling vereinfacht und [...] werden können.⁷⁶ [Produkt X] ist somit ein Dialyseprodukt.

89. Die Parteien sind der Ansicht, dass der sachlich relevante Markt vorliegend sämtliche Dialyseprodukte (z.B. Dialysemaschinen, Wasseraufbereitungsanlagen sowie Einweg-Zubehör für die Dialyse wie Dialysatoren, Dialysekonzentrate, Blutschlauchsysteme, Nadeln, Beutel usw.) und die dazugehörigen Dienstleistungen (z.B. Installation der Maschinen, Schulung der Mitarbeiter, Zurverfügungstellung von Ersatzteilen, Wartung von Dialysemaschinen, 24 Stunden-Pikettdienst, etc.) umfasst.⁷⁷ Sie gehen zudem von einem nationalen Markt aus.⁷⁸ Gestützt auf diese Marktabgrenzung schätzen die Zusammenschlussparteien den Marktanteil von FMC als Anbieterin von Dialyseprodukten auf [60-70 %].

90. Ob dieser Marktabgrenzung zugestimmt werden kann, oder ob eine engere Marktabgrenzung (z.B. eine getrennte Betrachtung für Hämodialyse und Peritonealdialyse oder gar ein separater Markt für "medizinische Geräte zur Verabreichung von pharmazeutischen Sub-

stanzen in das Blutsystem der Patienten" – sprich [Produkt X]) zutreffender wäre, kann vorliegend jedoch offen gelassen werden, da kein betroffener Markt vorliegt und keine Anhaltspunkte vorliegen, dass durch das Zusammenschlussvorhaben in diesem Bereich eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird. Dies aus folgenden Gründen:

91. Das Gemeinschaftsunternehmen soll einzig eine auf das Gebiet der Nephrologie beschränkte Lizenz am [Produkt X] erhalten. Weitere Rechteübertragungen oder Lizenzvergaben betreffend Dialyseprodukte sind im Rahmen des gemeldeten Vorhabens nicht vorgesehen, weshalb der Zusammenschluss nicht zu einer Marktanteilsaddition führt, zumal mit dem vom Zusammenschluss betroffenen Produkt mangels Kommerzialisierung selbst noch keine Marktanteile erreicht wurden. Es liegt somit kein betroffener Markt vor.

92. Zudem ist nicht davon auszugehen, dass aufgrund des Zusammenschlusses (zumindest mittelbar aufgrund verringerter Anreize) ein potenzieller Wettbewerber wegfällt, da Galenica gemäss Meldung weder aktuell im Bereich Dialyseprodukte tätig ist noch einen Einstieg in diesen Markt plant. Galenica verfügt zudem auch nicht über diesbezügliche Immaterialgüterrechte.⁷⁹ Zu guter Letzt erscheinen, wie bereits erwähnt, negative Auswirkungen aufgrund von Portfolioeffekten zumindest aufgrund der vorliegenden Informationen momentan eher als unwahrscheinlich.⁸⁰

B.4.3 Ergebnis

93. Sowohl im Bereich der Phosphatbinder als auch im Bereich der medizinischen Systeme für Dialyse (Dialyseprodukte) kann von der Unbedenklichkeit des gemeldeten Zusammenschlusses ausgegangen werden, liegen doch keine betroffenen Märkte vor und bestehen auch sonst keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung.

94. Auch für den Bereich der Eisenpräparate bestehen keine genügenden Anhaltspunkte dafür, dass durch das Zusammenschlussvorhaben die bestehende marktbeherrschende Stellung verstärkt wird.

95. Die vorläufige Prüfung ergibt aus den genannten Gründen keine ausreichenden Anhaltspunkte, dass die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Artikel 10 KG sind daher nicht gegeben.

⁷⁵ Ziff. 2.4 des Licence Agreement for Marketing and Distribution of [Produkt X] zwischen FMC und dem Gemeinschaftsunternehmen (Entwurf; Beilage 14 zur Meldung vom 5.9.2011).

⁷⁶ Rz 105 der Meldung vom 5.9.2011.

⁷⁷ Vgl. Rz 104 ff. der Meldung vom 5.9.2011.

⁷⁸ Vgl. Rz 113 der Meldung vom 5.9.2011.

⁷⁹ Vgl. Rz 6 der Meldung vom 5.9.2011.

⁸⁰ Vgl. oben Rz 83 ff.

Anhang: Verzeichnis der wichtigsten Abkürzungen

FMC	Fresenius Medical Care AG & Co. KGaA mit Sitz in Bad Homburg v.d.H. (Deutschland)
FMC Schweiz	Fresenius Medical Care (Schweiz) AG mit Sitz in Stans
FSE	Fresenius SE & Co. KGaA mit Sitz in Bad Homburg v.d.H. (Deutschland)
Galenica	Galenica AG mit Sitz in Bern
Gemeinschaftsunternehmen	Vifor Fresenius Medical Care Renal Pharma Ltd. mit Sitz in St. Gallen
MDA	Marketing and Distribution Agreement vom 6. Dezember 2011 zwischen Galenica sowie Vifor und dem Gemeinschaftsunternehmen (Beilage 11 zur Meldung vom 5.9.2011)
MFA	Master and Framework Agreement vom 30. November 2010 zwischen Fresenius Medical Care Nephrologica Deutschland GmbH und FMC sowie Galenica und Vifor (Beilage 9 zur Meldung vom 5.9.2011)
SHA	Shareholders Agreement zwischen FMC und Galenica vom 30.11.2010 (Beilage 10 zur Meldung vom 5.9.2011)
Vifor	Vifor (International) AG mit Sitz in St. Gallen

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 1. November 2011

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 1. November 2011

A Sachverhalt

1. Am 6. Oktober 2011 ist beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) eine gemeinsame Meldung der Fluxys G SA (Fluxys G) und der Swissgas AG (Swissgas) über ein Zusammenschlussvorhaben eingegangen. Als Ergebnis des gemeldeten

Vorhabens soll Fluxys G die alleinige Kontrolle über die Eni Gas Transport GmbH (Eni GmbH), die Eni Gas Transport Deutschland S.p.A. (Eni D) und die Eni Gas Transport International SA (Eni GTI) sowie die gemeinsame Kontrolle – zusammen mit Swissgas – über die Transitgas AG (Transitgas) erlangen.

A.1 Vorhaben und involvierte Unternehmen

A.1.1 Das Vorhaben

2. Das Unternehmen Fluxys Europe BV (Fluxys Europe), eine hundertprozentige Tochtergesellschaft von Fluxys G, beabsichtigt, über direkt von ihr kontrollierte Tochtergesellschaften sämtliche Anteile an Eni GmbH, Eni D und Eni GTI zu kaufen. Zudem beabsichtigt Fluxys Europe, über Eni GTI, 46 % der Aktien von Transitgas zu erwerben.

3. Die Beteiligungsstrukturen vor und nach der Transaktion können wie folgt dargestellt werden:

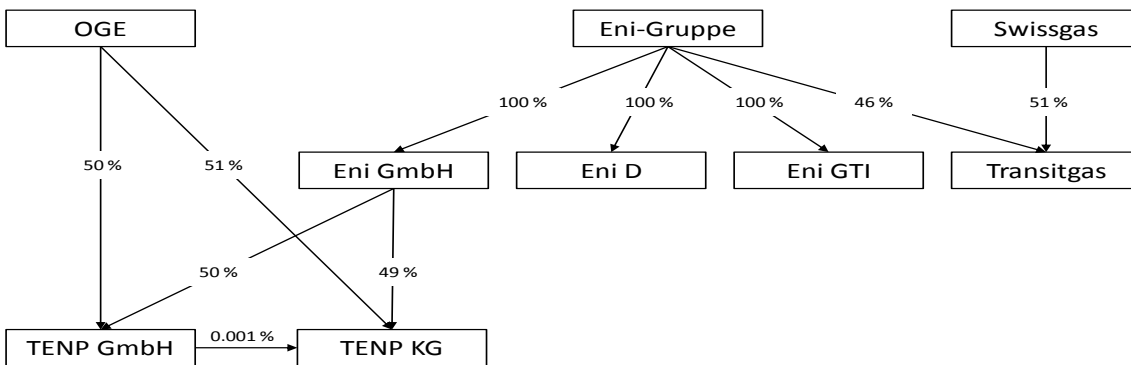


Abbildung 1: Beteiligungsstruktur vor der Transaktion

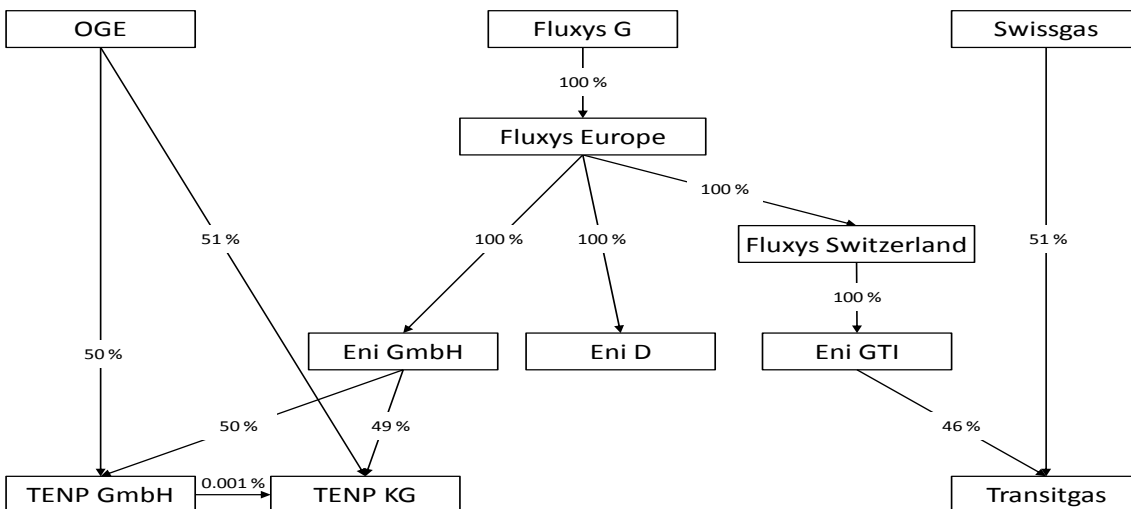


Abbildung 2: Beteiligungsstruktur nach der Transaktion

4. Durch den Verkauf ihrer Beteiligungen an Eni GmbH, Eni D, Eni GTI und Transitgas beabsichtigt die Eni-Gruppe ihre gegenüber der EU-Kommission im Fall COMP/39.315 – ENI abgegebenen Verpflichtungszusagen zu erfüllen.

A.1.2 Die involvierten Unternehmen

A.1.2.1 Fluxys G SA

5. Fluxys G ist ein internationales Gastransportunternehmen mit Sitz in Brüssel. Die Fluxys Gruppe ist Ende 2001 im Zuge der Entflechtung der Transport- und Handelsaktivitäten des belgischen Gasversorgers Distrigaz

entstanden. Die Kerntätigkeit der Gruppe besteht im Betrieb der Erdgastransport- und Erdgasspeicher-Infrastruktur in Belgien. Daneben verfolgt die Fluxys Gruppe auch Tätigkeiten auf Gasmärkten ausserhalb Belgiens.

6. Gemäss Meldung wird Fluxys G von Publigas als oberster Konzerngesellschaft kontrolliert. Publigas ist demnach eine reine Holdinggesellschaft, welche die Anteile der belgischen Gemeinden an der Fluxys Gruppe verwaltet. [...]

7. Die Struktur von Fluxys G wird auf deren Website wie folgt dargestellt:¹

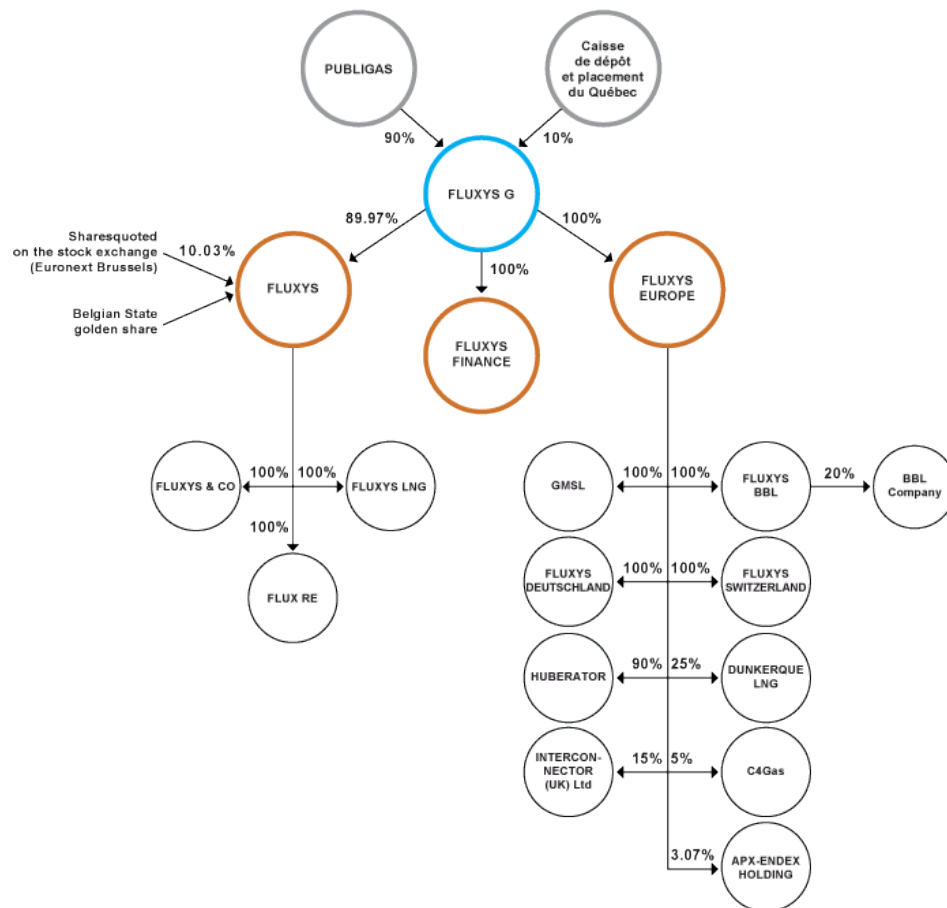


Abbildung 3: Struktur von Fluxys G

8. Fluxys G hat drei direkte Tochtergesellschaften:²

- *Fluxys SA*

Das Kerngeschäft der Fluxys Gruppe – der Betrieb der belgischen Erdgastransport- und Erdgasspeicher-Infrastruktur – wird von der Tochtergesellschaft Fluxys SA als unabhängige Eigentümerin und Betreiberin dieser Anlagen erbracht. Über ihre Tochtergesellschaft Fluxys LNG SA betreibt Fluxys SA zudem den Flüssiggas (liquefied natural gas; LNG) Terminal in Zeebrugge. Weiter kontrolliert Fluxys SA den luxemburgischen Rückversicherer Fluxys Re sowie die Fluxys & Co SA welche Anteile an einem LNG-Tanker hält und die ausstehenden steuerlichen und rechtlichen Aus-

einandersetzungen im Zusammenhang mit der Entflechtung des Distrigaz Konzerns abwickelt.

- *Fluxys Finance SA*

In der Tochtergesellschaft Fluxys Finance SA ist [...] Fluxys Finance SA hat ihren Sitz in Luxemburg.

¹ Vgl. <www.fluxysg.com/en/AboutFluxysG/Structure/Structure01.aspx> (28.10.2011); Meldung, Annex 1. Anmerkung: Die Darstellung auf der Website von Fluxys entspricht nicht exakt derjenigen in der Meldung. [...]

- *Fluxys Europe BV*

Fluxys Europe ist ein Gesellschaft nach niederländischem Recht mit Sitz in Rotterdam. In Fluxys Europe sind alle nicht regulierten Aktivitäten der Fluxys Gruppe in Belgien sowie deren Aktivitäten ausserhalb Belgiens zusammengefasst. Fluxys Europe kontrolliert die folgenden Tochterunternehmen:

GMSL – Gas Management Services Limited

GMSL unterstützt die Akteure in der Erdgas-Kette bei der Überwachung ihrer Erdgastransfers über die Ferngasleitungsnetze an Land und die Unterwasser-Pipelines in der Nordsee.

Fluxys BBL BV

Fluxys BBL hält einen 20 % Anteil an der BBL Company VOF. Diese wurde für den Bau, den Betrieb und die Vermarktung der Unterwasser-Pipeline zwischen Bacton (UK) und Balgzand (Niederlande) gegründet. Die Pipeline hat am 1. Dezember 2006 den Betrieb aufgenommen.

Fluxys Deutschland GMBH

Fluxys Deutschland hält einen 19 % Anteil an der Northern European Pipeline (NEL). Weitere Aktionäre der NEL sind Wingas (51 %), Gasunie (20 %) und E.ON Ruhrgas (10 %). Die im Bau befindliche NEL wird Deutschland und Nordwesteuropa über die Nord-Stream-Pipeline mit den Erdgasreserven Sibiriens verbinden. Das Erdgas wird in Lubmin bei Greifswald (Deutschland) übernommen und westwärts bis nach Niedersachsen transportiert.

Fluxys Switzerland SA

Fluxys Switzerland ist eine schweizerische Aktiengesellschaft mit Sitz in Lugano. Gemäss Meldung dient diese Gesellschaft hauptsächlich zum Erwerb der Aktien von Eni GTI.

Huberator SA

Huberator ist die Betreiberin des Zeebrugger Hubs und erbringt als solche Dienstleistungen für Unternehmen (Hub Kunden) die am Hub mit Gas handeln.

Wie aus Abbildung 3 hervorgeht hält Fluxys Europe auch Minderheitsbeteiligungen am LNG Terminal Dunkerque, an der Interconnector (UK) Limited, an der C4Gas SA sowie der APX-ENDEX Holding BV. Dabei handelt es sich indes nicht um konsolidierte Konzerngesellschaften.

A.1.2.2 Swissgas, Schweizerische Aktiengesellschaft für Erdgas

9. Swissgas ist eine Schweizer Erdgashandels- und Transportgesellschaft mit Sitz in Zürich. Die Gesellschaft wurde 1971 mit dem Ziel gegründet, zusammen mit den vier Regionalgesellschaften Erdgas zu beschaffen, die Schweiz mit Erdgas zu versorgen und die entsprechenden Interessen in der Schweiz und im Ausland wahrzunehmen.

10. Swissgas betreibt entlang der Erdgashochdruckleitung von Transitgas (vgl. nachfolgend Rz 18 ff.) sechs Zollmessstationen. Es sind dies die Anlagen in Zeiningen (AG), Zuzgen (AG), Däniken (SO), Staffelbach (AG), Ruswil (LU) und Obergesteln (VS). Über diese Stationen wird das dem Transitgasnetz entnommene Erdgas in das Schweizerische Hochdrucktransportnetz eingespeist. Swissgas betreibt zudem vier Erdgashochdruckleitungen, welche die Transitgasleitung mit den Erdgasnetzen der vier Regionalgesellschaften verbindet.³

11. Die Beteiligungsverhältnisse an Swissgas gestalten sich wie folgt:

Erdgas Ostschweiz AG (EGO)	25,98 %
Gasverbund Mittelland AG (GVM)	25,98 %
Gaznat SA (GAZNAT)	25,98 %
Erdgas Zentralschweiz AG (EGZ)	5,61 %
Verband der Schweizerischen Gasindustrie (VSG)	16,45 %

12. Gemäss Meldung wird Swissgas von [...] kontrolliert. Die Regionalgesellschaften [EGO, GVM, GAZNAT und EGZ] sind zugleich Aktionäre wie auch Kunden. Sie haben Swissgas einen wesentlichen Teil ihrer Erdgasbeschaffung übertragen.

13. Swissgas hält [...] Beteiligungen an den folgenden Gesellschaften:

- *Transitgas AG*

[...] (vgl. nachfolgend Rz 18 ff.).

- *SET Swiss Energy Trading AG*

[...] Der Hauptzweck der SET besteht im Handel mit Gasprodukten und Gaskapazitäten sowie dem Kauf und Verkauf von Gasmengen an den europäischen Spotmärkten im Auftrag der beteiligten Schweizer Gaslieferanten. Künftig ist auch der Handel mit weiteren Produkten wie LNG oder Biogas vorgesehen.⁴

- *Swissgas Speicher AG*

[...] Den Zweck der Swissgas Speicher AG bilden die Erforschung von Speichermöglichkeiten für Erdgas, die Projektierung, der Bau, der Betrieb und die Nutzung von Speicheranlagen jeder Art im In- und Ausland sowie die Erforschung und Ausbeutung von Erdgasvorkommen.⁵

14. Ferner ist Swissgas mit 3,3 % an der Bayerngas Norge SA, Oslo, beteiligt. Diese widmet sich der Exploration und Förderung von offshore Erdgasvorkommen in Norwegen, Grossbritannien und Dänemark. [...].

² Vgl. <www.fluxysg.com/en/AboutFluxysG/Subsidiaries/Subsidiaries01.aspx> (28.10.2011); [...].

³ Vgl. <www.swissgas.ch/de/geschaeftsfelder/netz.html> (28.10.2011); [...].

⁴ Vgl. <www.swiss-energy-trading.ch/de/unternehmen.html> (28.10.2011).

⁵ Vgl. Handelsregistereintrag, publ. in SHAB Nr. 169 vom 1.9.2010.

A.1.2.3 Eni Gas Transport GmbH

15. Eni GmbH ist eine deutsche Gesellschaft mit Sitz in Düsseldorf. Laut Meldung hat Eni GmbH die Funktion einer Holdinggesellschaft. Sie hält 50 % der Geschäftsanteile an der Trans Europa Naturgas Pipeline Verwaltungs GmbH (TENP GmbH), Essen, sowie 49 % der Anteile an der Trans Europa Naturgas Pipeline Gesellschaft mbH & Co. KG (TENP KG), Essen.

16. TENP KG ist ein Gemeinschaftsunternehmen von Eni GmbH und der Open Grid Europe GmbH (OGE), Essen, einer Tochtergesellschaft von E.ON AG, Düsseldorf. TENP KG ist die Eigentümerin des in Deutschland liegenden Teils der Erdgashochdruckleitung, welche Nordeuropa mit der Schweiz und letztlich mit Italien verbindet. Die Erdgashochdruckleitung der TENP KG führt von der deutsch-niederländischen Grenze zur Schweizergrenze in Wallbach. [...]

A.1.2.4 Eni Gas Transport Deutschland S.p.A.

17. Eni D ist eine Gesellschaft mit Sitz in San Donato Milanese, Italien. Die Haupttätigkeit von Eni D besteht in der Vermarktung von Erdgastransportkapazitäten in Deutschland. Bestehenden Abkommen zwischen Eni D und TENP KG, garantieren Eni D die Nutzungsrechte an rund 64 % der Kapazität der Erdgashochdruckleitung von TENP KG.⁶

A.1.2.5 Transitgas AG

18. Transitgas ist eine Schweizer Aktiengesellschaft mit Sitz in Zürich. Sie ist die Eigentümerin des in der Schweiz liegenden Teils der Erdgashochdruckleitung, welche Nordeuropa mit Italien verbindet. Die Leitung der Transitgas tritt bei Rodersdorf und Wallbach in die Schweiz ein und verlässt sie beim Griespass. In Wallbach schliesst sie unmittelbar an die Erdgashochdruckleitung der TENP KG an.

19. Die Transportkapazitäten der Transitgasleitung sind [langfristig] an [...] vermietet: [...]

20. Die Tätigkeit von Transitgas besteht hauptsächlich darin die in ihrem Eigentum stehende Erdgashochdruckleitung zu betreiben und zu unterhalten. Sie führt Erdgastransporte im Auftrag der Kapazitätshalter Eni GTI und Swissgas für diese und deren Transportkunden durch.⁷

21. Die Beteiligungsverhältnisse an Transitgas gestalten sich wie folgt:

Swissgas	51 %
Eni International BV (eine Tochter der Eni-Gruppe)	46 %
E.ON Ruhrgas AG (eine Tochter von E.ON)	3 %

22. Gemäss Meldung wird Transitgas gemeinsam durch Eni International BV und Swissgas kontrolliert. [...]

23. [...]

24. [...]

A.1.2.6 Eni Gas Transport International SA

25. Eni GTI, mit Sitz in Lugano, ist eine Konzerngesellschaft schweizerischen Rechts der Eni-Gruppe. Sie vermarktet rund 90 % der Kapazität der Erdgashochdruckleitung von Transitgas. Bei den Kunden von Eni GTI handelt es sich um international tätige Gastransporteur (sog. "Shipper"). Die verfügbaren Kapazität werden auf jährlicher Basis durch ein Auktionsverfahren veräussert.⁸

A.2 Das Verfahren

26. Am 23. September 2011 ging beim Sekretariat ein Meldungsentwurf zum vorliegenden Zusammenschlussvorhaben ein. Mit Schreiben vom 30. September 2011 nahm das Sekretariat zum Meldungsentwurf Stellung.

27. Am 6. Oktober 2011 reichten Fluxys G und Swissgas die gemeinsame Meldung gemäss Art. 9 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) in Verbindung mit Art. 9 Abs. 1 Bst. b der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4) ein. In der Meldung wird beantragt:

- "1. Sofern die Transaktion nach Art. 9 KG meldepflichtig ist, sei auf die Einleitung einer Prüfung im Sinne von Artikel 33 KG zu verzichten.
2. Sofern eine Prüfung im Sinne von Artikel 33 KG eingeleitet wird oder sofern bis am 22. Oktober 2011 noch kein Entscheid über die Einleitung einer Prüfung im Sinne von Art. 33 KG erfolgt ist, sei der vorläufige Vollzug gemäss Artikel 33 Abs. 2 bzw. Artikel 32 Abs. 2 KG mit Wirkung ab dem 22. Oktober 2011 zu bewilligen.
3. Die vorliegende Meldung sei als erleichterte Meldung im Sinne von Art. 12 VKU entgegen zu nehmen und die Einreichung weiterer Informationen zu erlassen."

28. Mit Schreiben vom 7. Oktober 2011 bestätigte das Sekretariat den Eingang und mit Schreiben vom 13. Oktober 2011 die Vollständigkeit der Meldung. Gemäss Art. 20 Abs. 1 VKU beginnt die Frist von einem Monat für die Einleitung des Prüfungsverfahrens am Tag nach Eingang der vollständigen Meldung, im vorliegenden Fall daher am 7. Oktober 2011, und endet am 7. November 2011.

29. Im Schreiben vom 13. Oktober 2011 verlangte das Sekretariat in Anwendung von Art. 15 VKU weitere Auskünfte und Unterlagen. Die Antwort der meldenden Unternehmen ging am 19. Oktober 2011 ein.

30. Die Wettbewerbskommission hat den Antrag um vorzeitigen Vollzug gemäss Art. 32 Abs. 2 KG, mit Wirkung ab dem 22. Oktober 2011, mit Zwischenverfügung vom 20. Oktober 2011 abgewiesen, soweit sie darauf eingetreten ist.

⁶ Vgl. <http://www.enid.it/tedesco/eni_deutschland_de.htm> (28.10.2011); [...].

⁷ Vgl. <http://www.transitgas.ch/de/yearly_transports.htm> (28.10.2011).

⁸ Vgl. <www.enich.ch/attivita_en.html> (28.10.2011).

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

31. 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

32. 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 gemäss Meldung in das Zusammenschlussvorhaben involvierten Gesellschaften – Fluxys G, Swissgas, Eni GmbH, Eni D, Eni GTI und Transitgas (vgl. Rz 1) – sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

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

34. Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG hat damit grundsätzlich immer eine Änderung von Kontrollverhältnissen an einem oder mehreren Unternehmen (Zielunternehmen) zum Gegenstand. Liegen mehrere Zielunternehmen vor, so ist zu prüfen, ob die verschiedenen Kontrolländerungen zusammen als ein einziger Vorgang zu qualifizieren sind.

B.1.2.1 Änderung der Kontrollverhältnisse

35. Das gemeldete Vorhaben (vgl. Ziff. A.1.1) führt zu einer unmittelbaren Änderung der Kontrollverhältnisse betreffend Eni GmbH⁹, Eni D, Eni GTI und Transitgas. Folglich liegen vier Zielunternehmen vor.

36. In der Meldung wird im Ergebnis geltend gemacht, dass die Änderung der Kontrollverhältnisse betreffend die vier Zielunternehmen als ein einziger Vorgang – und somit als ein einziger zusammenhängender Unternehmenszusammenschluss – anzusehen seien. Dies wird damit begründet, dass sich der Erwerb von Eni GmbH und derjenige von Eni D – in der Meldung zusammengefasst als "Eni Deutschland" – gegenseitig bedingten. Dasselbe gelte ebenso für den Erwerb von Eni GTI und den Erwerb von 46 % der Aktien an Transitgas – in der Meldung zusammengefasst als "Eni Schweiz". Schliesslich sei auch der Erwerb von "Eni Schweiz" vom Erwerb von "Eni Deutschland" abhängig. Aus diesem Grund liege ein einziger zusammenhängender Zusammenschluss vor. Es wird weiter angeführt, dass diese Sichtweise im Einklang mit der Praxis der EU-Kommission stehe, die solche Transaktionen in ihrer *Berichtigung der Konsolidierten Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäss der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen*¹⁰ (EU-Mitteilung) als "Erwerb eines einzigen Geschäftsbereichs"¹¹ bezeichne.

37. Dieser Ansicht ist Folgendes entgegenzuhalten: Selbst wenn, wie von den meldenden Unternehmen nahegelegt, auf die Praxis der EU-Kommission abzustützen ist, muss berücksichtigt werden, dass gemäss dieser Praxis mehrere voneinander abhängige Transaktionen nur dann als ein einziger Zusammenschluss behandelt werden können, wenn letztlich die Kontrolle von dem- bzw. denselben Unternehmen übernommen wird.¹² Damit ist letztlich die Identität des Unternehmens (bzw. der Unternehmen) zu prüfen, welches (welche) die Kontrolle über die Zielunternehmen erlangt (erlangen).

38. Gemäss Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG kann die Kontrolle über ein Zielunternehmen sowohl unmittelbar als auch mittelbar erworben werden. Beim unmittelbaren Kontrollenerwerb erlangt dasjenige Unternehmen die Kontrolle, welches aus den jeweiligen Rechtsverhältnissen (Statuten, Aktionärbindungsvertrag, etc.) direkt am Zielunternehmen berechtigt wird. Dies ist grundsätzlich bei jedem Übernahmevergange der Fall. Wenn jedoch ein Unternehmen an einem Zielunternehmen berechtigt wird, welches seinerseits von einem dritten Unternehmen (Mutterunternehmen) kontrolliert wird, so findet möglicherweise kein unmittelbarer sondern ausschliesslich ein mittelbarer Kontrollenerwerb statt. Dies, weil das direkt am Zielunternehmen berechtigte Unternehmen unter Umständen keine eigene, unabhängige Kontrolle ausüben kann, da es seinerseits vollständig dem Willen des Mutterunternehmens unterworfen ist.

39. Wann von einem ausschliesslich mittelbaren Kontrollenerwerb auszugehen ist, war in der bisherigen Praxis der Wettbewerbskommission noch nie strittig. Die Wettbewerbskommission orientiert sich regelmässig an der Praxis der EU-Kommission, soweit sie keine eigene Praxis in einem bestimmten Gebiet entwickelt hat. Nach europäischer Praxis findet ein nur mittelbarer Kontrollenerwerb insbesondere dann statt, wenn das direkt am Zielunternehmen berechtigte Unternehmen von seinem Mutterunternehmen nur vorgeschoben ist.¹³

40. Laut Meldung erlangt Fluxys G durch ihre Tochterunternehmen die alleinige Kontrolle über Eni GmbH, Eni D und Eni GTI sowie die gemeinsame Kontrolle – zusammen mit Swissgas – über Transitgas. Demnach geht die Meldung von einem mittelbaren Kontrollenerwerb durch Fluxys G aus. Dieser Auffassung ist zuzustimmen: Sei dies, weil die in die Transaktion involvierten Tochterunternehmen von Fluxys G nur vorgeschoben sind; oder

⁹ Anmerkung: Die unmittelbare Änderung der Kontrollverhältnisse betreffend Eni GmbH führt zu einer mittelbaren Kontrolländerung betreffend TENP GmbH und TENP KG. Ob TENP GmbH und TENP KG den Unternehmensbegriff gemäss Art. 2 Abs. 1^{bis} KG erfüllen kann offen bleiben, da, selbst wenn diese Kontrolländerungen Unternehmenszusammenschlüsse im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG darstellen, diese, in Ermangelung von in der Schweiz erzielten Umsätzen, nicht meldepflichtig sind.

¹⁰ ABl. C 43/10 vom 21.2.2009.

¹¹ Vgl. EU-Mitteilung, Rz 45.

¹² Vgl. EU-Mitteilung, Rz 41.

¹³ Vgl. EU-Mitteilung, Rz 13.

aber weil diese Tochterunternehmen von Fluxys G unmittelbar oder mittelbar kontrolliert werden und ihnen somit kein eigener Kontrollwillen zukommen kann. Von welcher der beiden Begründungen letztlich auszugehen ist, kann vorliegend offen gelassen werden, da so oder anders ein Kontrollerwerb durch Fluxys G begründet wird.

41. Somit ist festzustellen, dass Fluxys G an allen Zielunternehmen Kontrolle erlangt. Soweit Fluxys G alleinige Kontrolle erlangt liegt Identität im Sinne von Rz 37 vor. Die Erlangung der Kontrolle über Eni GmbH, Eni D und Eni GTI kann demnach als ein Vorgang zusammengefasst werden, soweit sich die drei Übernahmen gegenseitig bedingen.

42. Davon zu unterscheiden ist die Erlangung der Kontrolle über Transitgas, da es sich hierbei um ein Gemeinschaftsunternehmen handelt. Es ist die Frage zu beantworten, wer betreffend Transitgas die Kontrolle erlangt.

43. Nach Praxis der Wettbewerbskommission¹⁴ stellt der Eintritt eines neuen Mutterunternehmens in die Kontrolle über ein Gemeinschaftsunternehmen (bzw. generell eine Veränderung in der Zusammensetzung der Mutterunternehmen) nicht nur einen Kontrollerwerb durch dieses neue Mutterunternehmen dar, sondern führt auch für alle verbleibenden kontrollierenden Unternehmen zu einer Änderung der Art der Kontrolle. Die EU-Kommission, deren Praxis in diesem Punkt identisch ist, begründet dies damit, dass die Art der Kontrolle über das Gemeinschaftsunternehmen durch die Identität und Zusammensetzung der Mutterunternehmen und damit auch durch das Verhältnis zwischen ihnen bestimmt wird. Aufgrund der Änderung der Art der Kontrolle ist demnach davon auszugehen, dass sowohl der neue wie auch der verbleibende Anteilseigner einen Kontrollerwerb vornimmt.¹⁵ In der Terminologie des schweizerischen Rechts erfolgt damit auch durch die verbleibenden Mutterunternehmen eine Erlangung der Kontrolle im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG.

44. Für den vorliegenden Fall impliziert dies, dass am Zielunternehmen Transitgas sowohl Fluxys G (neues Mutterunternehmen) als auch Swisssgas (verbleibendes Mutterunternehmen) die Kontrolle erlangen. Die Identität der Kontrolle erlangenden Unternehmen bei Transitgas ist somit nur teilweise identisch mit derjenigen bei Eni GmbH, Eni D und Eni GTI. Folglich stellt die Kontrolländerung an Transitgas ein eigener Vorgang im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG dar.

45. Damit liegen grundsätzlich zwei Unternehmenszusammenschlüsse im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG vor: Der Kontrollerwerb von Fluxys G über Eni GmbH, Eni D und Eni GTI (Kontrollerwerb A) sowie der Kontrollerwerb von Fluxys G und Swisssgas über Transitgas (Kontrollerwerb B).

46. Im Gegensatz zu den Zielunternehmen bei Kontrollerwerb A – welche alle zu alleiniger Kontrolle übernommen werden – handelt es sich beim Zielunternehmen des Kontrollerwerbs B um ein Gemeinschaftsunternehmen. Anders als bei allein kontrollierten Tochterunternehmen, ist bei Gemeinschaftsunternehmen zu prüfen, ob diesen Vollfunktionseigenschaft zukommt. Im Fol-

genden ist daher die Vollfunktion des Gemeinschaftsunternehmens Transitgas zu prüfen.

B.1.2.2 Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen

47. Ein Vorgang, durch den zwei oder mehr Unternehmen gemeinsam die Kontrolle über ein Unternehmen erlangen, das sie bisher nicht gemeinsam kontrollierten, stellt einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG dar, wenn das Gemeinschaftsunternehmen auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt (Art. 2 Abs. 1 VKU).

48. Gemäss Praxis der Wettbewerbskommission liegt der Vollfunktionscharakter eines Gemeinschaftsunternehmens im Sinne von Art. 2 Abs.1 VKU unter folgenden Voraussetzungen vor:¹⁶

- Das Gemeinschaftsunternehmen muss als Nachfrager oder Anbieter am Markt auftreten.
- Das Gemeinschaftsunternehmen tritt als selbständige wirtschaftliche Einheit auf. Es muss somit in der Lage sein, eine eigene Geschäftspolitik verfolgen zu können.
- Das Gemeinschaftsunternehmen ist auf Dauer angelegt, d.h. es ist dazu bestimmt und in der Lage, seine Tätigkeiten zeitlich unbegrenzt, zumindest aber langfristig auszuüben.
- Das Gemeinschaftsunternehmen muss über ein sich dem Tagesgeschäft widmendes Management und ausreichende Ressourcen wie finanzielle Mittel, Personal, materielle und immaterielle Vermögenswerte verfügen.

49. Die meldenden Unternehmen machen geltend, dass Transitgas kein Vollfunktionscharakter zukomme. Das Unternehmen sei zwar auf Dauer angelegt, erfülle die übrigen Voraussetzungen eines Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens jedoch nicht. Darauf ist im Folgenden einzugehen.

Eigener Auftritt als Anbieter oder Nachfrager

50. In der Meldung wird aufgeführt, dass Transitgas keinen eigenen Marktzugang bzw. keine eigene Marktpräsenz habe. Der Umsatz von Transitgas stamme fast ausschliesslich von [...]. Transitgas sei damit mit einem Gemeinschaftsunternehmen vergleichbar, welches auf Produktionstätigkeiten beschränkt ist. Gemäss Praxis der EU-Kommission habe ein derartiges Gemeinschaftsunternehmen bloss Hilfsfunktion in der Geschäftstätigkeiten seiner Mutterunternehmen und keinen Vollfunktionscharakter.

¹⁴ Vgl. RPW 2008/3, 465, *Berkshire Hathaway/Munich Re/Global Aerospace*. In diesem Fall wurde beim Austausch eines Mutterunternehmens auch das verbleibende Mutterunternehmen als beteiligtes und somit kontrollerwerbendes Unternehmen qualifiziert.

¹⁵ Vgl. EU-Mitteilung, Rz 143.

¹⁶ Vgl. RPW 2011/2, 283 Rz 3, *Resun Plus AG*.

51. Das Bundesgesetz vom 4. Oktober 1963 über Rohrleitungsanlagen zur Beförderung flüssiger oder gasförmiger Brenn- oder Treibstoffe (Rohrleitungsgesetz, RLG; SR 746.1) statuiert einen Durchleitungsanspruch auf Erdgashochdruckleitungen. Demnach ist eine Unternehmung verpflichtet, vertraglich Transporte für Dritte zu übernehmen, wenn sie technisch möglich und wirtschaftlich zumutbar sind, und wenn der Dritte eine angemessene Gegenleistung anbietet (Art. 13 Abs. 1 RLG). In Anwendung von Art. 2 Abs. 4 RLG ist unter dem Begriff der Unternehmung im Sinne von Art. 13 Abs. 1 RLG die Betreiberin der Rohrleitungsanlage zu verstehen.

52. Nachdem aufgrund des Sachverhalts feststeht, dass Transitgas die in ihrem Eigentum stehende Erdgashochdruckleitung betreibt, kann der in der Meldung vorgebrachten Argumentation, wonach die gesetzliche Verpflichtung Swissgas bzw. Eni GTI und nicht Transitgas treffe, nicht gefolgt werden. Von dieser gesetzlichen Verpflichtung wird Transitgas auch nicht durch [...] entbunden.

53. Dieser Umstand spricht dagegen, dass Transitgas auch zukünftig ausschliesslich Dienstleistungen für ihre Mutterunternehmen erbringen wird. Damit ist zumindest ein potentieller eigener Marktauftritt von Transitgas möglich.

Selbständige wirtschaftliche Einheit

54. Die meldenden Unternehmen machen geltend, dass Transitgas keine selbständige wirtschaftliche Einheit sei, die in der Lage wäre eine eigene Geschäftspolitik zu verfolgen. Dies wird zunächst damit begründet, dass Transitgas kein eigener Marktauftritt zukomme. Diesem Argument ist das zuvor Ausgeführte zu entgegnen.

55. Weiter wird geltend gemacht, dass Transitgas die Transportkapazität der Erdgashochdruckleitung an Eni GTI und Swissgas vermiete, was sich in absehbarer Zukunft auch nicht ändere. Wie aus der EU-Mitteilung und der Praxis der Wettbewerbskommission hervorgehe, würden Verkäufe an Mutterunternehmen im Umfang von mehr als 80 % des Umsatzes den Vollfunktionscharakter eines Gemeinschaftsunternehmens ausschliessen. Hierzu ist zunächst festzustellen, dass die Wettbewerbskommission bisher keinen solch generellen Ausschluss des Vollfunktionscharakters geknüpft an die Grenze von 80 % des Umsatzes des Gemeinschaftsunternehmens vorgenommen hat. Ihre Praxis beschränkt sich auf die Beurteilung der Beziehungen zwischen dem Gemeinschaftsunternehmen und seinen Mutterunternehmen in einer zeitlich begrenzten Anlaufphase.¹⁷ Betreffend europäische Praxis ist zu berücksichtigen, dass die EU-Kommission das Kriterium der Vollfunktion nur bei Neugründung von Gemeinschaftsunternehmen prüft, nicht aber bei der Auswechslung von Mutterunternehmen.

56. Die Frage, ob das "80 %-Kriterium" der EU-Kommission für die Praxis der Wettbewerbskommission zu übernehmen ist, kann vorliegend offengelassen werden. Aufgrund der erwähnten Durchleitungspflicht von Art. 13 RLG kann nicht ausgeschlossen werden, dass Transitgas in Zukunft einen nicht unerheblichen Teil seines Umsatzes auch mit Dritten generieren müssen.

Ausreichende Ressourcen

57. In der Meldung findet sich das Argument, dass Transitgas nicht über das notwendige Personal verfüge um die Vermarktung der eigenen Transportkapazität sicherzustellen. Bei [...] seien hierfür [...] Personen zuständig. Transitgas habe indes keine vergleichbaren Personalressourcen. Zwar beschäftige Transitgas rund [...] Personen, diese seien jedoch nur für den technischen Betrieb der Erdgashochdruckleitung zuständig und ausgebildet, nicht aber für deren kommerziellen Betrieb.

58. Hierzu ist anzumerken, dass, nachdem Transitgas bereits heute rund [...] Personen beschäftigt, und somit bereits über eine eigene Personalstruktur verfügt, es für das Unternehmen grundsätzlich ohne grossen Aufwand möglich sein dürfte, innert kürzester Zeit Personal für die eigene Vermarktung ihrer Transportkapazitäten zu akquirieren.

Fazit

59. Die Argumentation der meldenden Unternehmen, wonach Transitgas kein Vollfunktionscharakter zukomme, vermag nicht zu überzeugen. Es ist damit wohl davon auszugehen, dass Transitgas ein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen ist. Die Frage der Vollfunktion braucht vorliegend jedoch nicht abschliessend geklärt zu werden, da der gemeinsame Kontrollerwerb von Fluxys G und Swissgas über Transitgas keine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann (vgl. nachfolgend Rz 74 ff.).

B.1.2.3 Beteiligte Unternehmen

60. Bei der Erlangung der Kontrolle gelten sowohl die kontrollierenden als auch die kontrollierten Unternehmen als beteiligte Unternehmen (Art. 3 Abs. 1 Bst. b VKU).

61. Entsprechend den Ausführungen unter Rz 45 sind am Kontrollerwerb A damit Fluxys G als das kontrollierende Unternehmen sowie Eni GmbH, Eni D und Eni GTI als die kontrollierten Unternehmen beteiligt. Am Kontrollerwerb B sind Fluxys G und Swissgas als die kontrollierenden Unternehmen sowie Transitgas als das kontrollierte Unternehmen beteiligt.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

62. Dem Kartellgesetz 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). Ebenfalls nicht unter das Gesetz fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben (Art. 3 Abs. 2 KG). Letzteres ist für die Beurteilung des vorliegenden Sachverhalts indes nicht von Bedeutung.

¹⁷ Vgl. RPW 2007/2, 306 Rz 20, *Spontis*; RPW 2007/4, 551 Rz 18, *Spontis SA/Beitritt der SIG*; RPW 2007/4, 643 Rz 18, *BEKB/RBA*.

63. Nach Art. 2 RLG unterliegen die Hochdruckrohrleitungsanlagen der Plangenehmigung durch den Bund. Zwar ist in Art. 3 RLG für die Plangenehmigung nicht vorausgesetzt, dass sich im fraglichen Gebiet nicht schon eine andere Hochdruckrohrleitung befindet. Eine gewisse Monopolisierung ist aber vom Gesetzgeber durchaus gewollt: In der Botschaft zum Rohrleitungsgesetz wird zu Art. 13 RLG festgehalten, dass mit der Transportpflicht einerseits die Ausnützung einer monopolistischen Stellung des Rohrleitungsinhabers und andererseits der Bau unnötiger, parallel verlaufender Leitungen verhindert werden soll.¹⁸ Die Botschaft äussert sich aber nicht zur Frage, ob Wettbewerb beim Betrieb von Rohrleitungsanlagen als Ordnungsprinzip ausgeschlossen werden soll. Hierzu finden sich auch keine Wortmeldungen in den Protokollen zur parlamentarischen Debatte.¹⁹

64. Die Transportpflicht von Art. 13 RLG vermag keine staatliche Markt- oder Preisordnung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG zu begründen. Im Falle von Streitigkeiten über die Transportpflicht kann zwar das Bundesamt für Energie (BFE) über die Verpflichtung des Vertragsabschlusses sowie über die Vertragsbedingungen entscheiden (Art. 13 Abs. 2 RLG). Nach dem Willen des Gesetzgebers sollen die Parteien aber zuerst die Möglichkeit haben, die Bedingungen des Dritttransports frei zu verhandeln. Die Vertragsfreiheit unter den Beteiligten

geht somit dem behördlichen Eingriff vor. Zur Durchsetzung der Transportpflicht interveniert das BFE erst, wenn sich die Parteien über die Vertragsbedingungen nicht einigen können. Zudem interveniert das BFE nur zwischen den Streitparteien im konkreten Fall – erlässt also keine allgemeingültige Tarifordnung.

65. Art. 13 RLG stellt damit keine vorbehaltene Vorschrift im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG dar. Dem Rohrleitungsgesetz sind auch sonst keine Bestimmungen zu entnehmen, welche den Wettbewerb in Bezug auf den Erdgastransport über Hochdruckrohrleitungen im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG einschränken würden. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG wurde von den meldenden Unternehmen auch nicht geltend gemacht.

B.3 Meldepflicht

66. 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 2 Milliarden Franken oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens 500 Millionen Franken erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG) und mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens 100 Millionen Franken erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG).

Tabelle 1: Umsatz der involvierten Unternehmen im Geschäftsjahr 2010 (in Mio. CHF*)

	Fluxys G	Swissgas ²⁰	Transitgas	Eni GTI	Eni GmbH und Eni D
Schweiz	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Weltweit	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

* Wechselkurs: 1 EUR = 1.38 CHF

B.3.1 Kontrollerwerb A

Tabelle 2: Umsatz der beteiligten Unternehmen an Kontrollerwerb A (in Mio. CHF*)

	Fluxys G	Eni GTI	Eni GmbH und Eni D	insgesamt
Schweiz	[...]	[...]	[...]	[...]
Weltweit	[...]	[...]	[...]	[...]

* Wechselkurs: 1 EUR = 1.38 CHF

67. Der weltweite Umsatz der am Kontrollerwerb A beteiligten Unternehmen beträgt rund [< 2 Mrd.] Franken; davon entfallen knapp [< 500 Mio.] Franken auf die Schweiz.

68. Damit erreicht der Kontrollerwerb A bereits die Umsatzschwelle von Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG nicht. Im Übrigen ist auch das Umsatzkriterium von Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG nicht erfüllt, [...].

¹⁸ Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung betreffend den Entwurf zu einem Bundesgesetz über Rohrleitungsanlagen zur Beförderung flüssiger oder gasförmiger Brenn- oder Treibstoffe vom 28. September 1962, BBl 1962 II 791, 817.

¹⁹ Amtliches Bulletin der Bundesversammlung (AB) 1962 N 711 ff.; AB 1963 II S 131 ff.; AB 1963 III N 401 ff.; AB 1963 III S 267 f.; AB 1963 III N 566; AB 1963 III S 298.

²⁰ Beim Umsatz von Swissgas handelt es sich lediglich um den nicht-konsolidierten Umsatz. Die Berücksichtigung des konsolidierten Umsatzes von Swissgas würde am vorliegenden Ergebnis indes nichts ändern.

69. Kontrollerwerb A stellt damit keinen meldepflichtigen Zusammenschluss dar und ist daher im Folgenden auch keiner Beurteilung zu unterziehen. Damit kann auch offen bleiben, ob sich Kontrollübernahmen betreffend Eni GmbH, Eni D und Eni GTI auch tatsächlich gegenseitig bedingen (vgl. Rz 41).

B.3.2 Kontrollerwerb B

70. Gemäss Meldung erwirbt Fluxys Europe 46 % der Aktien von Transitgas über Eni GTI. Der Kontrollerwerb

von Fluxys G betreffend Transitgas setzt damit den Kontrollerwerb von Fluxys G über Eni GTI voraus. Da der Kontrollerwerb über Eni GTI ein Teil von Kontrollerwerb A ist muss dieser Kontrollerwerb B vorausgehen.

71. Dies hat zur Folge, dass betreffend Kontrollerwerb B – in Anwendung von Art. 5 Abs. 1 VKU – die Umsätze von Eni GmbH, Eni D und Eni GTI dem Umsatz von Fluxys G zuzurechnen sind.

Tabelle 3: Umsatz der beteiligten Unternehmen an Kontrollerwerb B (in Mio. CHF*)

	Fluxys G	Swissgas	Transitgas	insgesamt
Schweiz	[> 100]	[> 100]	[> 100]	[> 500]
Weltweit	[> 100]	[> 100]	[> 100]	[> 2000]

* Wechselkurs: 1 EUR = 1.38 CHF

72. Der weltweite Umsatz der am Kontrollerwerb B beteiligten Unternehmen beträgt rund [> 2 Mrd.] Franken; davon entfallen knapp [> 500 Mio.] Franken auf die Schweiz. Die Umsatzschwellen von Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG sind damit erreicht. Nachdem sowohl Fluxys G, Swissgas als auch Transitgas je einen Umsatz in der Schweiz von mehr als 100 Millionen Franken erzielen, ist auch das Kriterium von Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG erfüllt.

73. Damit stellt Kontrollerwerb B einen meldepflichtigen Zusammenschluss dar.

B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

74. Meldepflichtige Zusammenschlüsse unterliegen nur dann der Prüfung durch die Wettbewerbskommission, wenn sich in der vorläufigen Prüfung Anhaltspunkte ergeben, dass sie eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken (Art. 10 Abs. 1 KG).

75. Eine marktbeherrschende Stellung einzelner oder mehrerer Unternehmen besteht, wenn diese 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)

76. Für die Beurteilung der Frage, ob durch Kontrollerwerb B eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, ist die Marktstellung der beteiligten Unternehmen vor dem Zusammenschluss mit derjenigen nach dem Zusammenschluss zu vergleichen. Dazu ist vorab eine Marktabgrenzung vorzunehmen. Die relevanten Märkte definieren sich über ihre sachliche und räumliche Dimension.

B.4.1 Marktabgrenzung

77. In ihrer bisherigen Praxis hat die Wettbewerbskommission im Erdgasbereich lediglich einen Gasgrosshandelsmarkt abgegrenzt, ohne sich über allfällige weitere relevante Märkte auszusprechen.²¹ Vorliegend sind somit weitere Marktabgrenzungen vorzunehmen. Dabei erscheint eine Anlehnung an die Praxis der EU-Kommission als sinnvoll.

78. Erdgas wird ähnlich wie Strom durch ein Leitungsnetz vom Produzenten zum Endverbraucher transportiert. Der Transport und die Verteilung von Erdgas wird in der Regel als natürliches Monopol angesehen, da es zu kostenintensiv wäre, wenn andere Anbieter ein paralleles Rohrleitungsnetz aufbauen würden.²²

79. Aufgrund des Monopolcharakters des Leitungsnetzes kann zwar grundsätzlich kein Wettbewerb beim Transport und der Verteilung von Erdgas stattfinden, unter einer geeigneten Regulierung des Netzzugangs ist es aber trotzdem möglich, dass Wettbewerb bei der Erdgasversorgung entsteht. Dem trägt die EU-Kommission Rechnung, indem sie zwischen *Märkten für den Verkauf von Erdgas* (auf welchen Wettbewerb möglich ist) und *infrastrukturbezogenen Märkten* (auf welchen in der Regel kein Wettbewerb stattfinden kann) unterscheidet.²³ Konkret grenzt die EU-Kommission im Gasbereich insbesondere²⁴ die folgenden, sachlich relevanten Märkte ab:

²¹ Vgl. RPW 2003/1, 744 Rz 23, *E.ON/Ruhrigas*; RPW 2006/4, 674 Rz 44 ff., *Gaz de France/Suez*.

²² Vgl. Entscheid der EU-Kommission vom 21.12.2005 im Fall COMP/M.3696 – *E.ON/MOL*, Rz 97 f.

²³ Vgl. Entscheid der EU-Kommission vom 29.09.2010 im Fall COMP/39.315 – *ENI*, Rz 23.

²⁴ Vorliegend nicht berücksichtigt werden unter anderem die Bereiche Erschliessung und Erzeugung von Erdgas, Planung und Konstruktion von Erdgasleitungen, Systemdienstleistungen, LNG sowie Handelsplattformen für Erdgas.

Infrastrukturbezogene Märkte:

- Markt für Erdgastransport (über ein Hochdruckrohrleitungsnetz)
- Markt für Erdgasverteilung (über ein Niederdruckrohrleitungsnetz)
- Markt für Erdgasspeicherung

Märkte für den Verkauf von Erdgas:

- Markt für Erdgaslieferung an Wiederverkäufer
- Markt für Erdgaslieferung an Endkunden²⁵

80. Betreffend die geographische Dimension der infrastrukturbezogenen Märkte geht die EU-Kommission üblicherweise von einem engen relevanten Markt aus. In der Regel wird angenommen, dass die Ausdehnung der einzelnen Transport- und Verteilnetze eigene geographische Märkte definieren.²⁶

81. Die geographische Dimension der Märkte für den Verkauf von Erdgas wird in der EU stark durch den Regulierungsrahmen des zu untersuchenden Marktes beeinflusst. Entscheidend ist insbesondere die Frage nach dem Netzzugang für Dritte. Gemäss bisheriger Praxis der EU-Kommission kann betreffend Erdgaslieferung von einem nationalen oder gar internationalen Markt ausgegangen werden, wenn erstens ein Versorgerwahlrecht für die jeweiligen Nachfrager besteht und zweitens ein nichtdiskriminierender Zugang zu den Transport- und Verteilnetzen gewährt ist. Sind diese Bedingungen nicht erfüllt, so ist eine engere Marktabgrenzung vorzunehmen. In diesem Fall ging die EU-Kommission üblicherweise davon aus, dass jeder einzelne Gasversorger mit seinem historisch gewachsenen Leitungsnetz auch einen eigenen abgeschlossenen räumlichen Markt definiert.²⁷

82. Durch die Umsetzung des dritten Liberalisierungspakets zum europäischen Energiebinnenmarkt wird es in der EU zu geografisch breiteren Marktabgrenzungen kommen. Das dritte Liberalisierungspaket beinhaltet insbesondere Vorschriften hinsichtlich des diskriminierungsfreien Zugangs zu Erdgasfernleitungsnetzen²⁸ sowie hinsichtlich der weiteren Entflechtung der Erdgasfernleitungsnetze von der Erdgaserzeugung und -versorgung²⁹.

Exkurs: Struktur der Schweizer Erdgasbranche

83. Die Schweizer Erdgasbranche ist in drei Ebenen gegliedert:

- Die erste Ebene besteht im Import von Gas durch Erdgashochdruckleitungen in die Schweiz. In der Schweiz wird kein Erdgas erzeugt und muss somit importiert werden. Swissgas importiert ca. 70 % des in der Schweiz verbrauchten Erdgases. Die übrigen 30 % werden hauptsächlich durch die vier Regionalgesellschaften EGO GVM, GAZNAT und EGZ importiert.
- Das von Swissgas importierte Erdgas wird dann mittels Hochdruckleitungen an die vier genannten Regionalgesellschaften geliefert. Diese Regionalgesellschaften stellen die zweite Ebene dar.

- Die Regionalgesellschaften wiederum liefern das Erdgas an lokal tätige Gasversorgungsunternehmen, welche gleichzeitig die Anteilseigner der Regionalgesellschaften darstellen. Diese Gasversorgungsunternehmen liefern das Erdgas schliesslich an ihre Endkunden, teils über Hochdruck-, teils über Niederdruckrohrleitungen. Somit stellen die Gasversorgungsunternehmen die dritte Ebene dar.

B.4.1.1 Sachlich relevante Märkte

84. 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).

- betreffend Transitgas

85. Gemäss Sachverhalt (vgl. Rz 20) betreibt das Zielunternehmen Transitgas die in seinem Eigentum stehende Erdgashochdruckleitung. Unter dem Betrieb einer Erdgashochdruckleitung ist insbesondere die Durchführung von Erdgastransporten zu verstehen. Die aktuellen Nachfrager von Erdgastransporten auf dem Transitgasnetz sind Swissgas und Eni GTI. Als potentielle Nachfrager kommen gestützt auf Art. 13 RLG zudem alle Teilnehmer am Wirtschaftsprozess in Frage, welche Erdgas von einem Punkt A zu einem Punkt B bringen wollen und dabei grundsätzlich auf die Transportinfrastruktur von Transitgas zurückgreifen könnten. Erdgas kann einerseits über Erdgasfernleitungen transportiert werden oder, in flüssiger Form (LNG), auch in Tankfahrzeugen. Auf dem europäischen Festland kann der Transport auf Erdgasfernleitungen derzeit jedoch nicht durch den Transport von Flüssiggas substituiert werden, da es hier an der entsprechenden LNG-Infrastruktur mangelt.³⁰

86. Die Marktgegenseite von Transitgas fragt somit den Transport von Erdgas über Erdgashochdruckleitungen nach. Transitgas ist demnach auf dem sachlich relevanten Markt für Erdgastransport (über ein Hochdruckrohrleitungsnetz) tätig.

²⁵ Dieser Markt kann nach Praxis der EU-Kommission weiter nach verschiedenen Endkundengruppen unterteilt werden (Gaskraftwerke, grosse Industriekunden, kleine Industrie- und Gewerbetunden, Haushalte).

²⁶ Vgl. Entscheid der EU-Kommission vom 21.12.2005 im Fall COMP/M.3696 – E.ON/MOL, Rz 126 ff.

²⁷ Vgl. Entscheid der EU-Kommission vom 9.12.2004 im Fall COMP/M.3440 – EDP/ENI/GDP, Rz 271 ff.

²⁸ Vgl. Verordnung (EG) Nr. 715/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über die Bedingungen für den Zugang zu den Erdgasfernleitungsnetzen und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1775/2005.

²⁹ Vgl. Richtlinie 2009/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/55/EG; nachfolgend: EU-Richtlinie.

³⁰ Anmerkung: Der Aufbau einer solchen LNG-Infrastruktur macht nur auf europäischer Ebene Sinn, da sie nur so ein Substitut für die bereits bestehende europäischen Erdgasfernleitungsinfrastruktur darstellen kann. Dies ist mit solch hohen Investitionen verbunden, dass damit mittelfristig nicht zu rechnen ist.

- *betreffend Fluxys G*

87. Laut Meldung darf Fluxys G aus regulatorischen Gründen weder im Bereich der Erzeugung noch der Lieferung von Erdgas tätig sein. Dies ist auf die erwähnten Entflechtungsvorschriften der EU zurück zu führen.³¹

Diese Vorschriften untersagen den Betreibern von Fernleitungsnetzen, gleichzeitig Tätigkeiten im Bereich der Erzeugung, Gewinnung, Versorgung oder Lieferung von Erdgas auszuüben. Zudem dürfen auch Unternehmen, welche direkt oder indirekt einen Fernleitungsnetzbetreiber kontrollieren, weder direkt noch indirekt die Kontrolle oder Rechte über ein Unternehmen ausüben, das im Bereich der Gewinnung, Erzeugung, Versorgung oder Lieferung von Erdgas tätig ist. Die erwähnten regulatorischen Bestimmungen schliessen somit eine Tätigkeit von Fluxys G auf den europäischen Märkten für den Verkauf von Erdgas aus. Ob die europäischen Entflechtungsvorschriften Fluxys G auch untersagt in der Schweiz als Verkäuferin von Erdgas aufzutreten, kann dahingestellt bleiben. Einerseits hat oder plant Fluxys G (oder deren Tochterunternehmen) keine solche Tätigkeit. Andererseits erscheint ein derartiges Engagement aufgrund der geringen Grösse des Schweizer Gasmarktes auch als äusserst unwahrscheinlich.

88. Dem Sachverhalt entsprechend (vgl. Rz 5 ff.) ist Fluxys G in der Schweiz vor Umsetzung des gemeldeten Vorhabens nicht tätig.³² Erst durch die Übernahme von Eni GTI wird Fluxys G in der Schweiz tätig.

89. Gestützt auf [...] vermarktet Eni GTI rund 90 % der Kapazität der Erdgashochdruckleitung von Transitgas. Als Nachfrager der von Eni GTI vermarkteten Kapazitäten kommen (wie bei Transitgas) alle Teilnehmer am Wirtschaftsprozess in Frage, welche Erdgas von einem Punkt A zu einem Punkt B bringen wollen und dabei grundsätzlich auf die Transportinfrastruktur von Transitgas zurückgreifen könnten. Zwar üben Eni GTI und Transitgas nicht die exakt gleiche Tätigkeit aus, da der physische Transport von Erdgas letztlich immer durch Transitgas durchgeführt wird. Aus Sicht der Marktgegenseite wird aber stets Erdgastransport über die Anlagen der Transitgas nachgefragt. Aus diesem Grund ist es vorliegend nicht sinnvoll, eine Wholesale- und Resale-Stufe zu unterscheiden. Somit ist Eni GTI – und letztlich Fluxys G – auf dem Markt für Erdgastransporte und damit auf dem gleichen Markt wie Transitgas tätig.

- *betreffend Swissgas*

90. Gemäss Sachverhalt (vgl. Rz 9 ff.) ist Swissgas in erster Linie als Einkäuferin von Erdgas für die vier Regionalgesellschaften tätig. Die Marktgegenseite von Swissgas bilden beschaffungsseitig die internationalen Erdgaslieferanten Europas. Nachfrageseitig besteht die Marktgegenseite von Swissgas aus den vier Regionalgesellschaften, die ihrerseits das von Swissgas bezogene Erdgas an lokal tätige Gasversorgungsunternehmen weiterveräussern. Somit handelt es sich bei der Marktgegenseite von Swissgas um Wiederverkäufer. In Anlehnung an die Praxis der EU-Kommission kann somit festgestellt werden, dass Swissgas auf dem Markt für Erdgaslieferung an Wiederverkäufer tätig ist, welcher im Wesentlichen dem von der Wettbewerbskommission bereits thematisierten Gasgrosshandelsmarkt entspricht.

91. Gestützt auf [...] kann Swissgas über rund 10 % der Kapazität der Erdgashochdruckleitung von Transitgas verfügen. Anders als Eni GTI vermarktet sie ihre Nutzungsrechte nicht an Dritte, sondern verwendet diese Nutzungsrechte in erster Linie für ihre Tätigkeit als Einkäuferin und Lieferantin von Erdgas (vgl. Rz 90). Allenfalls stellt Swissgas einen Teil ihrer Transportkapazitäten auch ihren Mutterunternehmen (die vier Regionalgesellschaften) für deren Direktimporte zur Verfügung (vgl. Rz 83).

92. Swissgas ist ausserdem die Betreiberin der sechs Zollmessstationen entlang der Transitgasleitung sowie der Hochdruck-Verbindungsleitungen zwischen der Transitgasleitung und den Erdgasnetzen der vier Regionalgesellschaften. Diese Anlagen nutzt Swissgas in erster Linie für ihre eigene Tätigkeit als Einkäuferin und Lieferantin von Erdgas (vgl. Rz 90). Soweit die Regionalgesellschaften im Rahmen ihrer Direktimporte Erdgas über die Anlagen der Swissgas beziehen, kommt Swissgas eine analoge Funktion wie Transitgas zu. Somit ist Swissgas auch auf dem Markt für Erdgastransport tätig.

93. Die Tätigkeiten der Swissgas-Tochter SET Swiss Energy Trading AG beschränkt sich auf sachliche Märkte ausserhalb der Schweiz.

94. Schliesslich wird Swissgas über ihr Tochterunternehmen Swissgas Speicher AG dereinst auch im Bereich der Speicherung von Erdgas tätig werden. Die Abgrenzung eines sachlichen Markts für Erdgasspeicherung entsprechend der Praxis der EU-Kommission erübrigt sich derzeit, da in der Schweiz bislang keine Grossspeicheranlagen vorhanden sind.

Zusammenfassung

95. Betreffend die Schweiz weisen die beteiligten Unternehmen Aktivitäten im sachlich relevanten Markt für Erdgastransport sowie im sachlich relevanten Markt für Erdgaslieferung an Wiederverkäufer auf. Folglich kann sich die weitere Beurteilung auf diese zwei Märkte beschränken.

B.4.1.2 Räumlich relevante Märkte

96. 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).

Markt für Erdgastransport

97. Wie erwähnt (vgl. Rz 80) nimmt die EU-Kommission bei infrastrukturbezogenen Erdgasmärkten üblicherweise eine enge geographische Marktabgrenzung vor. In der Regel wird davon ausgegangen, dass die Ausdehnung jedes einzelne Transport- und Verteilnetzes einen eigenen geographischen Markt definiert.

³¹ Vgl. Art. 9 Abs. 1 ff. EU-Richtlinie.

³² Anmerkung: Laut Meldung dient das Tochterunternehmen Fluxys Switzerland SA lediglich zum Erwerb der Aktien von Eni GTI [...].

98. Die Wettbewerbskommission geht in ihrer Praxis betreffend den Elektrizitätsbereich davon aus, dass die räumliche Ausdehnung eines Stromübertragungsnetzes einen eigenen räumlich relevanten Markt darstellt.³³ Aufgrund der ähnlichen Netzstruktur liegt es nahe, die Abgrenzungspraxis betreffend Stromübertragung und Stromverteilung analog für Erdgastransporte zu übernehmen. Dies entspricht im Ergebnis auch der Marktabgrenzung der EU-Kommission. Folglich ist davon auszugehen, dass die Ausdehnung jedes einzelne Erdgas-transport- und Erdgasverteilnetzes einen eigenen räumlich relevanten Markt darstellt. Mit anderen Worten stellt grundsätzlich sowohl das Erdgashochdrucknetz von Transitgas als auch das Erdgashochdrucknetz von Swisssgas in seiner räumlichen Ausdehnung je für sich einen eigenen räumlich relevanten Markt dar. Dies ist deshalb richtig, weil ein Erdgastransport auf dem Transitgasnetz nicht mit einem Erdgastransport auf dem Swisssgasnetz substituiert werden kann und umgekehrt.

Markt für Erdgaslieferung an Wiederverkäufer

99. Wie erwähnt (vgl. Rz 81) stellt die EU-Kommission bei der geographischen Abgrenzung der Märkte für den Verkauf von Erdgas auf den Liberalisierungsgrad des zu untersuchenden Marktes ab.

100. Anders als im europäischen Binnenmarkt, ist es in der Schweiz nicht zu einer Entflechtung des Erdgasbereichs gekommen. Eine solche Liberalisierung ist derzeit auch nicht vorgesehen. Verglichen mit Europa weist die Schweiz in diesem Bereich deshalb einen relativ tiefen Liberalisierungsgrad auf. Im Unterschied zum Stromsektor ist der Schweizer Gassektor auch nicht durch ein spezielles Gesetz geregelt. Nach Art. 13 RLG besteht zwar ein Durchleitungsanspruch auf Erdgashochdrucknetzen und möglicherweise gestützt auf Art. 7 KG auch auf Niederdrucknetzen³⁴, die Regelung der effektiven Modalitäten für den Netzzugang hat der Gesetzgeber jedoch offengelassen (vgl. dazu vorne Rz 63 ff.). Betreffend die Märkte für den Verkauf von Erdgas ist für die Schweiz somit, in Anlehnung an die Praxis der EU-Kommission, eine tendenziell enge Marktabgrenzung vorzunehmen.

101. Ob Art. 13 RLG einen ausreichend hohen Liberalisierungsgrad herbei führt, um im Markt für Erdgaslieferungen an Wiederverkäufer von einer nationalen Dimension auszugehen zu können, wie dies die Meldung nahe legt, ist vorliegend nicht von entscheidender Bedeutung. Unabhängig von der räumlichen Dimension des relevanten Marktes führt der zu prüfende Zusammenschluss zu keinerlei Marktanteilsadditionen auf diesem Markt, da von den beteiligten Unternehmen nur Swisssgas im Bereich des Erdgasverkaufs tätig ist (vgl. nachfolgend Rz 104 ff.). Im Rahmen einer Arbeitshypothese wird vorliegend davon ausgegangen, dass der Markt für Erdgaslieferungen an Wiederverkäufer von schweizweiter Dimension ist.

Zusammenfassung

102. Wie erwähnt sind die beteiligten Unternehmen in der Schweiz in zwei sachlich relevanten Märkten tätig: im Markt für Erdgastransport sowie im Markt für Erdgaslieferung an Wiederverkäufer. Dabei ist zu beachten, dass der sachlich relevante Markt für Erdgastransport

vorliegend in zwei räumlich relevante Märkte zu unterteilen ist.

B.4.1.3 Relevante Märkte

103. Im Ergebnis liegen drei relevante Märkte vor:

- Markt für Erdgastransport im Netzgebiet von Transitgas;
- Markt für Erdgastransport im Netzgebiet von Swisssgas;
- Nationaler Markt für Erdgaslieferungen an Wiederverkäufer.

B.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

104. Unter Anwendung von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU werden nur diejenigen relevanten 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.

Markt für Erdgastransport im Netzgebiet von Transitgas

105. Als alleinige Betreiberin des in ihrem Eigentum stehenden Erdgashochdrucknetzes verfügt Transitgas grundsätzlich über das Potential den Erdgastransport über dieses Netz zu monopolisieren. Durch das [...] hat Transitgas indes sämtliche Transportkapazitäten an Swisssgas und Eni GTI abgetreten. Der physische Erdgastransport wird aber weiterhin einzig durch Transitgas erbracht. Eni GTI und teilweise auch Swisssgas vermarkten die geleasteten Transportkapazitäten lediglich an Dritte. Gegenüber diesen Dritten tritt Transitgas aktuell also nicht direkt in Erscheinung. Die erwähnte Durchleitungspflicht gemäss Art. 13 RLG zwingt Transitgas indes zu einem potentiellen, eigenen Marktauftritt, dem sie sich nicht verwehren kann.

106. Da im Netzgebiet von Transitgas keine alternative Erdgastransportinfrastruktur besteht, können die Marktanteile betreffend den Markt für Erdgastransport im Netzgebiet von Transitgas wie folgt eruiert werden: Eni GTI vermarktet rund 90 % der Transportkapazität von Transitgas. Swisssgas nutzt selbst oder vermarktet rund 10 % der Kapazität. Dementsprechend kommt Swisssgas und Eni GTI gemeinsam ein Marktanteil von 100 % zu, wobei zu beachten ist, dass Transitgas als Betreiberin der Transportinfrastruktur durch Selbsteintritt (zu welchem sie aufgrund von Art. 13 RLG grundsätzlich gezwungen werden könnte) einen eigenen Marktanteil erreichen würde. Damit liegt ein betroffener Markt im Sinn von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor.

³³ Vgl. RPW 2001/2, 274 Rz 110 ff., *Watt/Migros – EEF*; RPW 2006/3, 484 Rz 70 ff., *Atel/EOSH-Aktiven*.

³⁴ Der wettbewerbsrechtliche Anspruch auf Durchleitung von Erdgas wird üblicherweise aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Elektrizitätsbereich abgeleitet (vgl. BGE 129 II 497 [RPW 2003/4, 925 ff.], *Migros/Freiburger Elektrizitätswerke*).

107. Anzumerken ist, dass Fluxys G (ohne Eni GTI) auf dem Markt für Erdgastransport im Netzgebiet von Transitgas selber nicht tätig ist.

Markt für Erdgastransport im Netzgebiet von Swissgas

108. Da auch im Netzgebiet von Swissgas keine alternative Erdgastransportinfrastruktur besteht, verfügt Swissgas als alleinige Betreiberin und Vermarkterin der in ihrem Eigentum stehenden Anlagen über einen Marktanteil von 100 %. Damit ist auch dieser Markt vom Zusammenschluss betroffen im Sinn von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU.

Nationaler Markt für Erdgaslieferungen an Wiederverkäufer

109. Von den beteiligten Unternehmen ist lediglich Swissgas als Lieferantin von Erdgas tätig. Auf dem nationalen Markt für Erdgaslieferungen an Wiederverkäufer kommt ihr ein Marktanteil von rund 70 % zu. Die restlichen 30 % teilen sich verschiedene internationale Erdgaslieferanten³⁵, welche direkte Lieferverträge mit [...] abgeschlossen haben. Aufgrund des Marktanteils von Swissgas liegt ein betroffener Markt im Sinn von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor.

110. Auf den betroffenen Märkten liegen die folgenden Marktanteile vor:

Tabelle 4: Marktanteile im Jahr 2010

	Transitgas	Swissgas	Eni GTI	Fluxys G (ohne Eni GTI)
Markt für Erdgastransport im Netzgebiet von Transitgas	0 %*	10 %*	90 %*	-
Markt für Erdgastransport im Netzgebiet von Swissgas	-	100 %	-	-
Nationaler Markt für Erdgaslieferungen an Wiederverkäufer	-	70 %	-	-

* Die Marktanteile von Transitgas, Swissgas und Eni GTI ergeben sich aufgrund [...].

B.4.3 Keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung

111. Für die Beurteilung der Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung sind die Auswirkungen des Zusammenschlusses zu untersuchen. Dabei ist grundsätzlich zwischen horizontalen und vertikalen Auswirkungen zu unterscheiden.

112. Die horizontalen Auswirkungen eines Zusammenschlusses entstehen durch Marktanteilsadditionen. Dies bedingt, dass die beteiligten Unternehmen vor dem Zusammenschluss auf dem identischen relevanten Markt tätig waren.³⁶ Nichthorizontale Auswirkungen liegen bei Zusammenschlüssen vor, bei welchen die beteiligten Unternehmen auf vor- oder nachgelagerten beziehungsweise anders benachbarten Märkten tätig sind.³⁷

Horizontale Auswirkungen

113. Zu Marktanteilsadditionen kann es vorliegend nur im relevanten Markt für Erdgastransport im Netzgebiet von Transitgas kommen. Der Zusammenschluss hat damit keine horizontale Auswirkung auf den relevanten Markt für Erdgastransport im Netzgebiet von Swissgas sowie den relevanten nationalen Markt für Erdgaslieferungen an Wiederverkäufer.

114. Vor Umsetzung des gemeldeten Zusammenschlussvorhabens wurde Transitgas von Swissgas gemeinsam mit der Eni-Gruppe kontrolliert (vgl. Rz 3, Abbildung 1). Zu diesem Zeitpunkt waren der Eni-Gruppe

alle Marktanteile von Eni GTI zuzurechnen. Betreffend den relevanten Markt für Erdgastransport im Netzgebiet von Transitgas kamen Swissgas und die Eni-Gruppe damit auf einen gemeinsamen Marktanteil von 100 %.

115. Nach Umsetzung des gemeldeten Zusammenschlussvorhabens wird Transitgas von Swissgas gemeinsam mit Fluxys G kontrolliert (vgl. Rz 3, Abbildung 2). Ab diesem Zeitpunkt sind Fluxys G alle Marktanteile von Eni GTI zuzurechnen. Damit kommen Swissgas und Fluxys G auf dem relevanten Markt für Erdgastransport im Netzgebiet von Transitgas nach dem Zusammenschluss ebenfalls auf einen gemeinsamen Marktanteil von 100 %. Dies jedoch nur deshalb, weil Eni GTI neu von Fluxys G kontrolliert wird. Fluxys G bringt keine eigenen Marktanteile mit ein. Eine Veränderung der Marktstellung von Swissgas und Eni GTI erfolgt nicht. Es braucht damit vorliegend nicht untersucht zu werden, ob der gemeinsame Marktanteil von Swissgas und Fluxys G eine (kollektive) marktbeherrschende Stellung impliziert. Falls eine solche Marktbeherrschung besteht, hat sie bereits vor dem gemeldeten Zusammenschlussvorhaben bestanden und wird nicht durch den zu beurteilenden Zusammenschluss begründet oder verstärkt im Sinne von Art. 10 Abs. 1 KG.

³⁵ Anmerkung: Fluxys G und ihre Tochterunternehmen kommen aus regulatorischen Gründen nicht als Erdgaslieferantinnen in Frage (vgl. Rz 87).

³⁶ Vgl. MARCEL MEINHARDT/ASTRID WASER/JUDITH BISCHOF, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert [Hrsg.], 2010, Art. 10 KG N 99.

³⁷ Vgl. BSK KG- Meinhardt/ Waser/Bischof (Fn 36), Art. 10 KG N104.

Nichthorizontale Auswirkungen

116. Die vom Zusammenschluss betroffenen Märkte stehen in einem unmittelbaren nachbarschaftlichen Verhältnis: Der Markt für Erdgastransport im Netzgebiet von Transitgas ist dem Markt für Erdgastransport im Netzgebiet von Swissgas unmittelbar vorgelagert. Die beiden Transportmärkte sind ihrerseits dem nationalen Markt für Erdgaslieferungen an Wiederverkäufer direkt benachbart. Die Belieferung von Wiederverkäufern mit Erdgas setzt den physischen Transport dieses Erdgases voraus.

117. Wenn Marktanteile in so benachbarten Märkten durch den Zusammenschluss in einen einheitlichen Kontrollbereich gelangen so kann dies den Wettbewerb in ähnlicher Weise beeinflussen wie eine Marktanteilsaddition innerhalb desselben Marktes.

118. Vorliegend ist festzustellen, dass nur Swissgas auf den dem Markt für Erdgastransport im Netzgebiet von Transitgas benachbarten Märkten tätig ist. Dieser Umstand wird durch den Zusammenschluss nicht verändert. Es kommt insbesondere zu keiner Verstärkung der Marktstellung von Swissgas auf diesen benachbarten Märkten. Ob Swissgas alleine auf dem Markt für Erdgastransport im Netzgebiet von Swissgas und/oder dem nationalen Markt für Erdgaslieferungen an Wiederverkäufer eine marktbeherrschende Stellung zukommt, ist

vorliegend nicht zu prüfen. Selbst bei Bestehen einer solchen Marktbeherrschung, wäre sie nicht durch den zu beurteilenden Zusammenschluss im Sinne von Art. 10 Abs. 1 KG begründet oder verstärkt worden.

Fazit

119. Der zu beurteilende Zusammenschluss hat weder horizontale noch nichthorizontale Auswirkungen. Ungeachtet der hohen Marktanteile der beteiligten Unternehmen, welche grundsätzlich als Indiz für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung gewertet werden können, ist auszuschliessen, dass vorliegender Zusammenschluss eine Marktbeherrschung begründet oder verstärkt.

B.5 Ergebnis der vorläufigen Prüfung

120. Die vorläufige Prüfung ergibt aus den genannten Gründen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für Erdgastransport im Netzgebiet von Transitgas, dem Markt für Erdgastransport im Netzgebiet von Swissgas oder dem nationalen Markt für Erdgaslieferungen an Wiederverkäufer begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für die Einleitung eines Prüfungsverfahrens nach Art. 33 KG sind daher nicht gegeben.

B 2.3

5. Fluxys/Swissgas/Transitgas (Zwischenverfügung vorzeitiger Vollzug)

Zwischenverfügung gemäss Art. 46 VwVG

Décision incidente selon l'art. 46 PA

Decisione incidente giusta l'art. 46 PA

Zwischenverfügung der Wettbewerbskommission vom 20. Oktober 2011 in Sachen Zusammenschlussvorhaben Fluxys G SA/Eni Gas Transport Deutschland S.p.A./Eni Gas Transport GmbH/Eni Gas Transport International SA/Transitgas AG/Swissgas betreffend Begehren um Bewilligung des vorzeitigen Vollzugs gemäss Art. 32 Abs. 2 KG.

A Sachverhalt

1. Am 6. Oktober 2011 ist bei der Wettbewerbskommission die Meldung eines Zusammenschlussvorhabens eingegangen. Demnach beabsichtigt das Unternehmen Fluxys Europe BV, eine hundertprozentige Tochtergesellschaft von Fluxys G SA, über direkt von ihr kontrollierte Tochtergesellschaften sämtliche Anteile an Eni Gas Transport GmbH, Eni Gas Transport Deutschland S. p. A. und Eni Gas Transport International SA zu erwerben. Zudem beabsichtigt Fluxys Europe, über Eni GTI, 46 % der Aktien an der Transitgas AG zu erwerben. Als Ergebnis der Transaktion wird Fluxys G alleinige Kontrolle über Eni GmbH, Eni D und Eni GTI sowie gemeinsame Kontrolle – zusammen mit Swissgas AG – über Transitgas erlangen.

2. Die meldenden Unternehmen Fluxys G SA und Swissgas AG (nachfolgend: die Parteien) stellen im Rahmen der Meldung einen Antrag um Bewilligung des vorläufigen Vollzugs:

"Sofern eine Prüfung im Sinne von Artikel 33 KG eingeleitet wird oder sofern bis am 22. Oktober 2011 noch kein Entscheid über die Einleitung einer Prüfung im Sinne von Art. 33 KG erfolgt ist, sei der vorläufige Vollzug gemäss Artikel 33 Abs. 2 bzw. Artikel 32 Abs. 2 KG mit Wirkung ab dem 22. Oktober 2011 zu bewilligen."

3. Da es absehbar ist, dass bis zum 22. Oktober 2011 kein Entscheid über die Einleitung eines Prüfungsverfahrens vorliegen wird, ist über den Teil des Antrags, welcher sich auf Art. 32 Abs. 2 KG bezieht, im Rahmen einer Zwischenverfügung gemäss Art. 46 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021) zu entscheiden.

4. Die Parteien begründen ihren Antrag wie folgt:

"Die Transaktion muss aus folgenden Gründen möglichst rasch vollzogen werden:

- *Die Transaktion soll von der Europäischen Kommission identifizierte Wettbewerbsbeschränkungen im Hinblick auf den Zugang zum italienischen Grosshandelsmarkt für Erdgas lösen (wobei der Vollzug dieser Transaktion davon abhängig ist, dass die Europäische Kommission Fluxys G als geeigneten Erwerber genehmigt und die Bestim-*

mungen der Share Purchase Agreements unter den Verpflichtungszusagen genehmigt). Je schneller die Transaktion von der Wettbewerbskommission freigegeben wird, desto eher können die betreffenden Probleme gelöst werden.

- *Die Finanzierung dieser Transaktion besteht nur für eine begrenzte Zeit. Zudem fallen Fluxys G für jeden Tag nach Signing, während dem die Transaktion nicht vollzogen wird, Commitment Costs von ca. CHF [...] an.*

Diese Umstände stellen wichtige Gründe im Sinne von Art. 32 Abs. 2 und Art. 33 Abs. 2 KG dar. Zudem ist im Hinblick auf das auch hier geltende Verhältnismässigkeitsprinzip auf Folgendes hinzuweisen:

- *Die Transaktion schafft keinerlei wettbewerbsrechtliche Probleme.*
- *Fluxys G beantragt nicht (wie sonst bei einem vorläufigen Vollzug üblich), die Transaktion gleich nach Signing vollziehen zu dürfen sondern erst einen Monat nach Signing. Dies lässt der Wettbewerbskommission genügend Zeit, die wettbewerblichen Wirkungen der Transaktion zu prüfen.*

Im Lichte dieser Umstände und des Verhältnismässigkeitsprinzips liegt die Schwelle für die Wichtigkeit der Gründe für einen vorläufigen Vollzug vorliegend tiefer als in bisher entschiedenen Fällen, bei denen ein vorläufiger Vollzug unmittelbar im Anschluss an das Signing verlangt wurde."

B Erwägungen

5. Nach Art. 32 Abs. 2 KG dürfen die beteiligten Unternehmen den Zusammenschluss innerhalb eines Monats seit der Meldung des Vorhabens nicht vollziehen, es sei denn, die Wettbewerbskommission habe dies auf Antrag dieser Unternehmen aus wichtigen Gründen bewilligt.

6. Ein solcher Antrag um Bewilligung des vorzeitigen Vollzugs setzt voraus, dass überhaupt ein meldepflichtiger Zusammenschluss vorliegt. An der Bewilligungserteilung hinsichtlich eines nicht meldepflichtigen Vorhabens besteht kein Rechtsschutzinteresse. Auf den vorliegenden Antrag kann somit nur insofern eingetreten werden, als diese Voraussetzung erfüllt ist. Allerdings kann die Frage, ob die gemeldete Transaktion einen meldepflichtigen Zusammenschluss darstellt, nicht im Rahmen dieser Zwischenverfügung vorweggenommen werden, da sie einen strittigen, materiell zu beurteilenden Punkt im hängigen Zusammenschlussverfahren darstellt.

7. Laut Botschaft vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen¹ sind wichtige Gründe für einen vorzei-

¹ BBI 1995 I 468, 608.

tigen Vollzug insbesondere im Zusammenhang mit Sanierungsfusionen oder Zusammenschlussvorhaben in Verbindung mit einem öffentlichen Übernahmeangebot zu erwarten.

8. Nach der Praxis der Wettbewerbskommission liegt ein wichtiger Grund im Sinne von Art. 32 Abs. 2 KG vor, wenn der Erfolg des Zusammenschlusses durch das Vollzugsverbot in Frage gestellt ist, wenn den beteiligten Unternehmen oder Dritten schwerer Schaden droht und wenn keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken hinsichtlich der Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens auf den Wettbewerb vorliegen.² Zu berücksichtigen ist dabei, dass die Frist für die vorläufige Prüfung eines Zusammenschlusses mit einem Monat schon relativ kurz bemessen ist. Entsprechend restriktiv ist das Kriterium des wichtigen Grundes zu handhaben. Nach dem Grundgedanken der Botschaft kann ein wichtiger Grund deshalb nur in Fällen vorliegen, in welchen den meldenden Unternehmen eine besondere zeitliche Dringlichkeit durch äussere Faktoren aufgezwungen werden. Wenn es die meldenden Unternehmen jedoch grundsätzlich in der Hand haben das Einreichen der vollständigen Meldung zeitlich so zu planen, dass sie durch das einmonatige Vollzugsverbot nicht unter Zugzwang geraten, kann von vornherein kein wichtiger Grund vorliegen.

9. Gemäss Literatur liegt ein wichtiger Grund dann vor, wenn der Erfolg des Zusammenschlusses durch das einmonatige Vollzugsverbot in Frage gestellt ist oder wenn den beteiligten Unternehmen oder Dritten schwerer Schaden droht.³ Zudem werden nebst der in der Botschaft genannten Sanierungsfusion und dem öffentlichen Übernahmeangebot als wichtige Gründe auch die Erhaltung von Arbeitsplätzen, die offensichtliche Unbedenklichkeit eines Zusammenschlussvorhabens und eine positive ausländischen Entscheidung genannt. Des Weiteren werden wichtige Gründe bei Zusammenschlussvorhaben in Betracht gezogen, bei denen die Natur des Marktes eine besondere zeitliche Dringlichkeit erfordert.⁴

10. In casu bringen die Parteien nichts Stichhaltiges vor, was den Erfolg des Zusammenschlusses als durch das Vollzugsverbot gefährdet erscheinen lässt. So wird insbesondere nicht ausgeführt, bis zu welchem Zeitpunkt die Finanzierung der Transaktion gesichert ist. Was die geltend gemachten Commitment Costs von [...] Franken pro Tag betrifft, so sind diese weder weiter begründet und belegt, noch wird dargelegt, in welchem Verhältnis zu den Gesamtkosten der Transaktion diese stehen. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass die Frist für die vorläufige Prüfung ohnehin am 7. November 2011 endet. Inwiefern die Zeitdifferenz zwischen dem 22. Oktober und dem 7. November 2011 erheblich ist, wird nicht begründet.

11. Dass die Parteien erst am 6. Oktober 2011 eine vollständige Meldung einreichen, ist diesen nicht in erkennbarer Weise durch äussere Faktoren aufgezwungen worden. Insbesondere ist darauf hinzuweisen, dass der Rechtsvertreter der Parteien bereits mit Schreiben vom 11. August 2011 beim Sekretariat der Wettbewerbskommission ein Gesuch um Beratung nach Art. 23 Abs. 2 KG eingereicht hat. Gegenstand dieser Beratungsanfrage war die Frage der Meldepflicht eines in

abstrakter, anonymer Form dargestellten Kontrollwerbs, d. h. ohne Nennung der tatsächlichen Umstände (wie Namen und Tätigkeit der involvierten Unternehmen). Wie sich später herausstellte ging es bereits bei der Beratung um das in casu zu prüfende Vorhaben von Fluxys G SA. Den Parteien wäre es somit ohne weiteres möglich gewesen, bereits im August 2011 eine Meldung einzureichen oder zumindest die tatsächlichen Umstände offen zu legen, so dass ein Abschluss des Verfahrens vor dem 22. Oktober 2011 möglich gewesen wäre.

12. Aus obigen Gründen ist der Antrag abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

C Kosten

13. Gemäss Art. 4 Abs. 3 der Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (GebV-KG; SR 251.2) erhebt das Sekretariat für die vorläufige Prüfung gemäss Art. 32 KG statt einer Gebühr nach Zeitaufwand eine Pauschalgebühr von 5000 Franken.

14. Gemäss Art. 5 GebV-KG sind jedoch neben dem Aufwand nach Art. 4 die Kosten, die durch Beweiserhebung, besondere Untersuchungsmassnahmen oder für die Beschaffung von Unterlagen verursacht werden, zusätzlich zu erstatten. Die Kosten für die vorliegende Zwischenverfügung sind daher nach Praxis der Wettbewerbskommission dem meldenden Unternehmen zusätzlich zur Pauschale gemäss Art. 4 GebV-KG in Rechnung zu stellen.⁵

15. Nach Art. 4 Abs. 2 GebV-KG gilt ein Stundenansatz von 100 bis 400 Franken. Dieser richtet sich namentlich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals. [...]

D Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Der Antrag um Bewilligung des vorläufigen Vollzugs gemäss Art. 32 Abs. 2 KG ab dem 22. Oktober 2011 wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Die Verfahrenskosten für diese Zwischenverfügung von [...] werden den Parteien Fluxys G SA und Swissgas AG zu gleichen Teilen, d. h. je [...] unter solidarischer Haftung auferlegt.

² Vgl. RPW 2009/1, 88 Rz 21, *Schaeffler/Continental (Zwischenverfügung)*.

³ Vgl. PATRIK DUCREY, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. V/2, Kartellrecht, von Büren/David (Hrsg.), 2000, 308.

⁴ Vgl. JÜRIG BORER UND JUHANI KOSTKA, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 32 KG N 94.

⁵ Vgl. RPW 2009/1, 88 Rz 32, *Schaeffler/Continental (Zwischenverfügung)*.

3. Gegen diese Verfügung kann nach Art. 46 ff. VwVG in Verbindung mit Art. 31 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG; SR 173.32) 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. Diese Zwischenverfügung ist zu eröffnen an:

- Fluxys G SA
- Swissgas AG

beide vertreten durch [...].

B 2	7. Stellungnahme Préavis Preavviso
B 2.7	1. Vernehmlassung zur Agrarpolitik 2014 - 2017

Stellungnahme; Art. 46 Abs. 2 KG

Préavis; art. 46 al. 2 LCart

Preavviso; art. 46 cpv. 2 LCart

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 29. Juni 2011

I. Einleitung

Die Wettbewerbskommission (WEKO) nahm in der Vergangenheit mehrfach Stellung zu den Reformen im Agrarsektor.¹ Dabei sprach sie sich für einen Abbau der wettbewerbsbehindernden Bestimmungen aus und brachte ihre Befürchtung zum Ausdruck, dass staatliche Regulierungen durch staatlich legitimierte private Wettbewerbsbeschränkungen abgelöst werden könnten.

Die Agrarpolitik 2014 – 2017 widmet sich primär der Weiterentwicklung des Direktzahlungssystems, das im bundesrätlichen Bericht "Weiterentwicklung des Direktzahlungssystems" vom 6. Mai 2009 ausgearbeitet wurde.² Die damit beabsichtigten Änderungen bezwecken eine bessere Zielausrichtung der Direktzahlungen und werden von uns grundsätzlich unterstützt.

II. Marktöffnung

Durch den Fokus auf die Weiterentwicklung des Direktzahlungssystems rücken jedoch andere wichtige Weiterentwicklungen (siehe dazu die nachfolgenden Ausführungen) in den Hintergrund. Mit der Agrarpolitik 2014 - 2017 sind keine bedeutenden wettbewerbsfördernde Fortschritte verbunden.

So wurde das zentrale Thema der Marktöffnung mit einem Hinweis auf den Stand der Verhandlungen über die Doha-Runde und über das Freihandelsabkommen mit der EU pauschal vom Reformvorhaben ausgeklammert. Gleichzeitig wird darauf hingewiesen, dass die Zeit im Hinblick auf weitere Marktöffnungsschritte genutzt werden soll, um die Produktivität und Wettbewerbsfähigkeit der gesamten Ernährungskette weiter zu verbessern.³ Da der Wettbewerb selbst die am besten geeignete Massnahme zur Erhöhung der Produktivität und Wettbewerbsfähigkeit darstellt, wird durch die Ausklammerung dieses Bereiches eine Reformchance verpasst. Zudem wird der Eindruck verstärkt, die Marktöffnung werde als von aussen aufgezwungene Massnahme gesehen, die so lange wie möglich hinausgezögert werden soll.

Der Grenzschutz der Schweizerischen Landwirtschaft ist im internationalen Vergleich nach wie vor hoch⁴ und hemmt den Strukturwandel.⁵ Die Wettbewerbskommission beantragt deshalb, die Zeit unabhängig vom Stand der Verhandlungen von internationalen Abkommen im

Hinblick auf die volkswirtschaftlich erwünschte Förderung des Wettbewerbs und des Strukturwandels zu nutzen. Diese Ziele erfordern eine weitere Öffnung der Agrarmärkte. Als Beispiel sei der Futtermittelmarkt genannt, dessen vollständige Öffnung die Wettbewerbskommission bereits 2005 gefordert hat.⁶ Da die Produktionskosten der schweizerischen Landwirtschaft noch immer höher sind als im benachbarten Ausland, würde dieser Schritt gleichzeitig zu einer Kostenreduktion im davon betroffenen Bereich führen. Insgesamt sind die staatlichen Rahmenbedingungen und Anreize so zu setzen, dass der jährliche Strukturwandel nicht zu stark abgebremst wird.

Antrag: Die Marktöffnung sei nicht pauschal aus der AP 14/17 auszuklammern, sondern durch einen weiteren Abbau des Grenzschutzes voranzutreiben.

III. Produktbezogene Beiträge und Exportsubventionen

Der Fokus auf die Weiterentwicklung des Direktzahlungssystems, wie sie in der Agrarpolitik 2014 – 2017 skizziert ist, lässt zudem die notwendigen Reformen der wettbewerbsverzerrenden Marktstützungsmassnahmen ausserhalb dieses Systems in den Hintergrund treten. So sind weiterhin produktbezogene Beiträge vorgesehen, die als besonders wettbewerbsverzerrende Instrumente gelten. Die vorhandenen produktbezogenen Beiträge hemmen den Strukturwandel und fördern die Überproduktion. Zwar sind auch unter diesem Titel kleine Korrekturen hin zu mehr Wettbewerb vorgesehen. So ist beispielsweise geplant, die Inlandbeihilfen für Schlachtvieh und Fleisch zu reduzieren und den Verwertungsbeitrag für Schafwolle zu streichen.⁷ Ebenso werden die Umstellungsbeiträge im Weinbau sowie bei Früchten und Gemüsen aufgehoben.⁸ Diese Schritte werden von der Wettbewerbskommission begrüsst. Im Bereich Produktion und Absatz ist insgesamt aber nur ein geringer Abbau von Unterstützungsmassnahmen

¹ Z.B. RPW 2005/4, 661, *Vernehmlassung zur Agrarpolitik 2011*; RPW 2002/1, 174, *Vernehmlassung zur Agrarpolitik 2007*.

² Siehe dazu die Stellungnahme des Sekretariats der Wettbewerbskommission vom 6.3.2009 an das Bundesamt für Landwirtschaft (zum Entwurf).

³ Vernehmlassung zur AP 14 – 17 vom 23.3.2011, 79 Ziff. 1.4.2.

⁴ Vernehmlassung zur AP 14 – 17 vom 23.3.2011, 78 Ziff. 1.4.2.

⁵ Siehe z.B. den Vergleich mit Baden-Württemberg und Bayern im Bericht "Weiterentwicklung des Direktzahlungssystems" vom 6.5.2009, 57 Ziff. 4.5.1.

⁶ RPW 2005/4, 664 Ziff. V., *Vernehmlassung zur Agrarpolitik 2011*.

⁷ Vernehmlassung zur AP 14 – 17 vom 23.3.2011, 238 Ziff. 3.5.2.

⁸ Vernehmlassung zur AP 14 – 17 vom 23.3.2011, 136 Ziff. 2.2.3.2.

festzustellen. Insbesondere soll die Milchzulage gemäss der Agrarpolitik 2014 – 2017 bis zu einer vollständigen Öffnung des Milchmarktes gegenüber der EU weitergeführt werden.⁹ Die Wettbewerbskommission erachtet dies als falsches Signal. Auch hier besteht ein innenpolitischer Reformbedarf (Überschüsse), der keinen Verzug duldet.

Schliesslich weist die Wettbewerbskommission auf die Entwicklung bei den Exportsubventionen hin. Exportsubventionen wirken marktverzerrend und sind aus wettbewerbspolitischer Sicht abzulehnen.¹⁰ Diese wurden denn auch bis auf die Beiträge für Verarbeitungsprodukte (sogenanntes "Schoggigesetz")¹¹ aufgehoben.¹² Die Wettbewerbskommission beantragt auch in diesem Bereich einen weiteren Abbau, ohne die Entwicklungen der WTO-Verhandlungen abzuwarten.

Der Ständerat hat am 8. Juni 2011 gar der Wiedereinführung von Ausfuhrbeihilfen für Zuchtvieh zugestimmt. Zudem hat der Nationalrat am 9. Juni 2011 drei Motionen angenommen, mit welchen der Abbruch der Verhandlungen mit der EU über ein Agrarfreihandelsabkommen bzw. die Ausklammerung des Kapitels "Marktzugang für Agrarprodukte" aus den Bilateralen III gefordert wird.¹³ Die Wettbewerbskommission beobachtet diese Entwicklung mit Sorge und befürchtet, dass die bisherigen sowie die noch geplanten Schritte hin zur Ausrichtung der Landwirtschaft auf den Markt durch neue Beitragsforderungen in Frage gestellt werden.

Antrag: Die produktbezogenen Beiträge sowie die noch bestehenden Exportsubventionen seien zu streichen.

IV. Selbsthilfemassnahmen

Sodann weist die Wettbewerbskommission ein weiteres Mal auf die Gefahren der zu weit gefassten Selbsthilfemassnahmen gemäss Art. 8 LwG¹⁴ hin.¹⁵ Diese erlauben es landwirtschaftlichen Branchen- oder Produzentenorganisationen die Produktion und das Angebot an die Erfordernisse des Marktes anzupassen. Welche Konsequenzen dies haben kann, zeigt beispielsweise die marktumfassende Mengensteuerung der Branchenorganisation Milch für den Bereich Molkereimilch. Dieses Modell wurde vom Bundesrat am 17. Februar 2010 gestützt auf Art. 9 LwG bis zum 31. Dezember 2010 auf die ganze Branche ausgeweitet¹⁶ und wirkt sich insbesondere in seiner allgemeinverbindlichen Form nachteilig auf den Wettbewerb aus.¹⁷ Weitere Selbsthilfemassnahmen im Bereich der Anpassung der Produktion und des Angebotes an die Erfordernisse des Marktes (inkl. Gesuch auf Erklärung der Allgemeinverbindlichkeit) stehen bereits zur Debatte.¹⁸ Mit diesem Instrument können ineffiziente Strukturen geschützt sowie Überproduktion und zu hohe Preise gefördert werden. Weiter hält die Wettbewerbskommission auch an den Vorbehalten zu Art. 8a LwG (Richtpreise) fest¹⁹: Diese können volkswirtschaftlich schädliche Auswirkungen nach sich ziehen und müssen einer einzelfallspezifischen Beurteilung zugänglich sein.

Schliesslich sei auf Art. 9 LwG hingewiesen. Diese Bestimmung gewährt dem Bundesrat wie oben aufgezeigt die Möglichkeit, Selbsthilfemassnahmen gemäss Art. 8 LwG für allgemeinverbindlich zu erklären, wenn diese

durch Unternehmen gefährdet werden oder werden könnten, die sich nicht an den kollektiv beschlossenen Massnahmen beteiligen (Trittbrettfahrerproblematik). Im Bereich der Anpassung der Produktion und des Angebotes an die Erfordernisse des Marktes ist eine Erklärung der Allgemeinverbindlichkeit nur möglich, wenn ausserordentliche Entwicklungen vorliegen, die nicht strukturell bedingt sind. Bei der Prüfung von Gesuchen, mit welchen darum ersucht wird, Selbsthilfemassnahmen für allgemeinverbindlich zu erklären, werden die Voraussetzungen gemäss Art. 9 LwG aus Sicht der Wettbewerbskommission nicht mit der nötigen Strenge angewendet. So werden an den Nachweis, dass Selbsthilfemassnahmen durch Trittbrettfahrer gefährdet werden könnten, äusserst geringe Anforderungen gestellt.²⁰ Dasselbe gilt für die Prüfung, ob ausserordentliche Situationen vorliegen, die nicht auf strukturelle Probleme zurückzuführen sind.²¹

Antrag: Der Passus "sowie die Anpassung der Produktion und des Angebotes an die Erfordernisse des Marktes" sei aus Art. 8 Abs. 1 LwG zu streichen. Ebenfalls zu streichen sei Art. 8a LwG. Das Instrument der Allgemeinverbindlichkeitserklärung gemäss Art. 9 LwG sei zurückhaltend einzusetzen.

V. Weiterer Abbau von Wettbewerbsverzerrungen und staatlicher Unterstützung

Schwerpunkt der Agrarpolitik 2014 – 2017 bildet wie eingangs erwähnt die Weiterentwicklung des Direktzahlungssystems. Neu sind fünf permanente Direktzahlungsarten vorgesehen: Kulturlandschaftsbeiträge, Versorgungssicherheitsbeiträge, Landschaftsqualitätsbeiträge, Biodiversitätsbeiträge und Produktionssystembeiträge. Die damit angepeilte konsequente Ausrichtung der Direktzahlungen auf konkrete Ziele wird von der Wettbewerbskommission befürwortet.

⁹ Vernehmlassung zur AP 14 – 17 vom 23.3.2011, 89 Ziff. 1.4.

¹⁰ Siehe Bericht der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Nationalrates vom 21.3.2011 (BBl 2011 3505, 3507; siehe auch Argumente der Minderheit 3509).

¹¹ Bundesgesetz vom 13.12.1974 über die Ein- und Ausfuhr von Erzeugnissen aus Landwirtschaftsprodukten (SR 632.111.72).

¹² Vernehmlassung zur AP 14 – 17 vom 23.3.2011, 15 Ziff. 1.2.1.

¹³ 10.3818 Motion Darbellay; 10.3473 Motion Joder; 11.3464 Motion Favre.

¹⁴ Bundesgesetz vom 29. April 1998 über die Landwirtschaft (Landwirtschaftsgesetz, LwG; SR 910.1).

¹⁵ Dazu ausführlich: , 2005/4 661, *Vernehmlassung zur Agrarpolitik 2011*; RPW 2002/1, 174, *Vernehmlassung zur Agrarpolitik 2007*.

¹⁶ Siehe Anhang 1 zur Verordnung vom 30.10.2002 über die Ausdehnung der Selbsthilfemassnahmen von Branchen- und Produzentenorganisationen (Verordnung über die Branchen- und Produzentenorganisationen, VBPO; SR 919.117.72).

¹⁷ Siehe dazu die Stellungnahme des Sekretariats der Wettbewerbskommission vom 7.1.2010 an das Bundesamt für Landwirtschaft.

¹⁸ Begehren um Selbsthilfemassnahmen der Branchenorganisation Milch vom 5.5.2011, abrufbar unter: <www.blw.admin.ch/themen/00005/00044/00904/01031/index.html?lang=de> (27.6.2011).

¹⁹ RPW 2005/4, 662 Ziff. II. 2., *Vernehmlassung zur Agrarpolitik 2011*.

²⁰ Demande d'extension du 2.12.2010 de la mesure d'entraide décidée par l'Interprofession de la vigne et des vins suisses (IVVS) aux non-membres.

²¹ Begehren um Selbsthilfemassnahmen der Branchenorganisation Milch vom 5.5.2011, abrufbar unter: <www.blw.admin.ch/themen/00005/00044/00904/01031/index.html?lang=de> (27.6.2011).

Zu den Versorgungssicherheitsbeiträgen gehören auch der "Förderbeitrag Ackerfläche und Dauerkulturen" sowie der "Beitrag für Einzelkulturen".²² Den Erstgenannten bewertet die Wettbewerbskommission als kritisch, da er zu einer gewissen Wettbewerbsverzerrung führt, indem er die Nutzungsart des Bodens nicht allein der Nachfrage überlässt. Den Beitrag für Einzelkulturen lehnt die Wettbewerbskommission ab, weil einzig der Markt entscheiden sollte, welche Produkte angebaut werden.

Antrag: Der Beitrag für Einzelkulturen sei zu streichen.

Der Bericht "Weiterentwicklung des Direktzahlungssystems" vom 6. Mai 2009 hält fest, dass "die Landwirtschaft die gemeinwirtschaftlichen Leistungen auch bei einem tieferen Stützungs niveau erbringen könnte und somit Potenziale zur Senkung der strukturell bedingten Kosten bzw. zur Verbesserung der Effizienz existieren".²³ In der Folge wird ein jährliches Sparpotential von 1,3 Milliarden Franken berechnet, das die langfristige Sicherstellung der gemeinwirtschaftlichen Leistungen nicht gefährde. Mit der Agrarpolitik 2011 wurde die Stützung der Landwirtschaft um 400 Millionen Franken reduziert, sodass nach Umsetzung der AP 2011 ein jährliches Effizienzverbesserungspotential von 900 Millionen Franken verbleibt.²⁴

Über die Nutzung dieses Sparpotential ist der Vernehmlassungsvorlage nichts zu entnehmen. Es wird lediglich darauf hingewiesen, dass die genannten 900 Millionen Franken weiterhin der Einkommenssicherung dienen sollen.²⁵ Der Mittelfluss in die Landwirtschaft könnte somit weiter reduziert werden, ohne dass die Erbringung der gemeinwirtschaftlichen Leistung in Frage gestellt wäre.

Antrag: Das vorhandene Effizienzverbesserungspotential sei konsequenter zu nutzen.

Es ist vorgesehen, das Verfahren zur Feststellung der Wettbewerbsneutralität, welches bei der Gewährung von Massnahmen zur Strukturverbesserung zur Anwendung kommt, neu zu regeln (d.h. den Kantonen zu übergeben).²⁶ Zu dieser Änderung hat die Wettbewerbskommission keine Bemerkungen, es wird aber darauf hingewiesen, dass die Wettbewerbskommission bereits in ihrer Stellungnahme zur Agrarpolitik 2011 die Aufhebung von Massnahmen zugunsten von bäuerlichen Infrastrukturmassnahmen angeregt hat.²⁷ Soweit diese Massnahmen weitergeführt werden, ist darauf zu achten, dass Bauern, die auf dem geschützten Landwirtschaftsland nebegewerbliche Tätigkeiten ausüben, dies unter der Voraussetzung gleicher Wettbewerbsbedingungen gegenüber der übrigen Wirtschaft tun. Derartige Tätigkeiten sollen nicht durch staatliche Unterstützungs- und Förderungsmassnahmen unterstützt werden.

VI. Zusammenfassung

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Agrarpolitik 2014 – 2017 einige Elemente enthält, die von der Wettbewerbskommission unterstützt werden (z.B. Reduktion der Produktionsförderung in gewissen Bereichen, kon-

sequentere Ausrichtung der Direktzahlungen auf konkrete Ziele). Aus wettbewerbspolitischer Sicht fällt der Entwurf aber durch die nicht vorhandenen Elemente auf: So fehlen weitere Marktöffnungsschritte und ein Abbau von produktbezogenen Beiträgen.

²² Vernehmlassung zur AP 14 – 17 vom 23.3.2011, 162 Ziff. 2.3.2.5. Siehe Bericht der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Nationalrates vom 21.3.2011 (BBl 2011 3505, 3507; siehe auch Argumente der Minderheit 3509).

²³ Bericht "Weiterentwicklung des Direktzahlungssystems" vom 6.5.2009, 160 Ziff. 8.7.2; siehe auch 126 Ziff. 7.1.6, wo auf Studien verwiesen wird, dass die Leistungserbringung in der Landwirtschaft nicht gefährdet wäre, wenn die agrarpolitische Stützung bzw. die Höhe der Direktzahlungen wesentlich unter dem aktuellen Niveau liegen würde.

²⁴ Bericht "Weiterentwicklung des Direktzahlungssystem" vom 6.5.2009, 161 Ziff. 8.7.2.

²⁵ Vernehmlassung zur AP 14 – 17 vom 23.3.2011, 240 Ziff. 3.5.3.

²⁶ Vernehmlassung zur AP 14 – 17 vom 23.3.2011, 183 Ziff. 2.5.2.

²⁷ RPW 2005/4, 663 Ziff. IV., Vernehmlassung zur Agrarpolitik 2011.

Abkürzungsverzeichnis

Registre des abréviations
Indice delle abbreviazioni

A

AF Arrêté fédéral
AIMP Accord intercantonal sur les marchés publics
AJP Aktuelle juristische Praxis (=PJA)
Amtl. Bull. Amtliches Bulletin
AS Amtliche Sammlung des Bundesrechts
ATF Arrêts du Tribunal fédéral suisse, Recueil officiel

B

BA Bundesamt
BB Bundesbeschluss
BBI Bundesblatt
BG Bundesgesetz
BGBM Bundesgesetz über den Binnenmarkt
BGE Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung
BGer Bundesgericht
BOCE Bulletin officiel du Conseil des Etats
BOCN Bulletin officiel du Conseil national
BoeB Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen
BR Bundesrat
BR/DC Zeitschrift für Baurecht, Revue du droit de la construction
BUCN Bollettino ufficiale del Consiglio nazionale
BUCSt Bollettino ufficiale del Consiglio degli Stati
BV Bundesverfassung
BZP Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess

C

CC Code civil
CE Communauté Européenne
CE Conseil des Etats
CF Conseil fédéral
FR. Schweizer Franken / Francs suisses / Franchi svizzeri
CO Code des obligations
Cost. Costituzione federale
CPC Code (cantonal) de procédure civile
CPS Code pénal suisse
cst. Constitution fédérale

D

DCP Diritto e politica della concorrenza (=RPW)
DPC Droit et politique de la concurrence (=RPW)
DG Direction Générale (UE)

E

EU Europäische Union

F

FF Feuille fédérale
FMG Fernmeldegesetz

G

GATT General Agreement on Tariffs

GebrV

GRUR

GU

H

HGer Handelsgericht
HMG Heilmittelgesetz

I

IPRG Bundesgesetz über das internationale Privatrecht
IVöB Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen

J

JAAC Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
JdT Journal des Tribunaux

K

KG Kartellgesetz
KMU Kleine und mittlere Unternehmen
KSG Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit
KVG Bundesgesetz über die Krankenversicherung

L

LAA Loi fédérale sur l'assurance-accidents
LAMal Loi fédérale sur l'assurance-maladie
LCA Loi fédérale sur le contrat d'assurance
LCart Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence
LCD Loi fédérale contre la concurrence déloyale
LCsl Legge federale contro la concorrenza sleale
LDA Loi fédérale sur le droit d'auteur
LDIP Loi fédérale sur le droit international privé
LETC Loi fédérale sur les entraves techniques au commerce
LF Loi fédérale / Legge federale
LL Legge federale sul lavoro
LMG Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände
LMI Loi fédérale sur le marché intérieur
LMP Loi fédérale sur les marchés publics
LOTG Legge federale sugli ostacoli tecnici al commercio
LPM Loi fédérale sur la protection des marques
LRFP Loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits
LSPR Legge federale sulla sorveglianza dei prezzi

M**N****O**

O Ordonnance
OCDE Organisation de Coopération et de Développement Economique
OCSE Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico

OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development	SMI	Schweizerische Mitteilungen über Immaterialgüterrecht (=RSPI)
OFAP	Office fédéral des assurances privées	SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (=RS)
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege	StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch
OGer	Obergericht	StR	Ständerat
OJ	Loi fédérale sur l'organisation judiciaire	SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (=RSDA)
OMC	Organisation mondiale du commerce		
OMP	Ordonnance sur les marchés publics	T	
OR	Obligationenrecht	TA	Tribunal administratif
OTVA	Ordonnance concernant la taxe sur la valeur ajoutée	TApp	Tribunale d'Appello
		TC	Tribunal cantonal / Tribunale cantonale
		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		
PJA	Pratique Juridique Actuelle (=AJP)		
Pra.	Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts	U	
PrHG	Produktehaftpflichtgesetz	UE	Union Européenne
Publ.CCSPr	Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix	UFIAML	Ufficio federale dell'industria, delle arti e mestieri e del lavoro
Püg	Preisüberwachungsgesetz	URG	Bundesgesetz über das Urheberrecht
		URP	Umweltrecht in der Praxis (=DEP)
		UWG	Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb
Q			
R		V	
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal	VKKP	Veröffentlichungen der Kartellkommission und des Preisüberwachers
RDAT	Rivista di diritto amministrativo ticinese	VKU	Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen
RDS	Revue de droit suisse (=ZSR)	VoeB	Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen
REKOWEF	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen	VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (=JAAC)
Rep. Patria	Repertorio di Giurisprudenza	VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren
RJB	Revue de la société des juristes bernois (=ZBJV)		
RO	Recueil officiel des lois fédérales (=AS)	W	
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs (=DPC)	WTO	Welthandelsorganisation (World Trade Organization)
RR	Regierungsrat	WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
RS	Recueil systématique des lois fédérales (=SR)		
RSDA	Revue suisse de droit des affaires (=SZW)	X	
RSJ	Revue suisse de jurisprudence (=SJZ)	Y	
RSPI	Revue suisse de la propriété intellectuelle (=SMI)	Z	
		ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (=RNRF)
S		ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (RJB)
SAV	Schweizerischer Anwaltsverband	ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbeitreibung und Konkurs	ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
SHAB	Schweizerisches Handels-amtsblatt	ZPO	Zivilprozessordnung
SJ	La semaine judiciaire	ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (=RSJ)		

Index

- A**
- abgestimmtes Verhalten 507 f., 511, 542
- abgestimmte Verhaltensweise 494, 505, 526 f., 583, 585 f., 618 f.
- Abrede 491, 494, 505 ff., 512, 522, 526 ff., 529 ff., 554, 572, 577 ff., 583 ff., 600 ff., 640 ff., 656, 669.
- Acquiring -
- Anhörung 572
- Apotheker/innen -
- Ärzte(-Verband) -
- B**
- Banken 517, 519 f.
- Befristung des Entscheids -
- Breitbanddienste -
- Bündelung vertikaler Restriktionen -
- C**
- D**
- Debitkarten -
- Domestic Interchange Fee -
- E**
- Effizienzgründe 639 ff.
- Effizienzprüfung 640
- Einstellung einer Untersuchung -
- einvernehmliche Regelung 581
- Erheblichkeit 531, 545, 582, 590, 603, 618, 620 f., 636, 640
- Exklusivvertrieb -
- F**
- G**
- geografische Beschränkungen -
- Grosskunden-Märkte -
- H**
- Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln 580 f., 584
- I**
- Indizienbeweis -
- Interchange Fee -
- Internalisierung eines Kostenfaktors -
- J**
- K**
- kollektive Marktbeherrschung 526
- Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen 591, 632, 635, 657, 669 f.
- Koppelungsgeschäft 501, 503
- Kostenraster -
- Krankenversicherer -
- Kreditkarten -
- Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft -
- L**
- legitimate business reasons -
- M**
- Marktaufteilung -
- marktbeherrschende Stellung 499 f., 522, 524 ff., 651, 659, 661 ff., 672, 674, 679
- Marktgegenseite 499 f., 512 f., 524 ff., 531, 590 ff., 611, 632 ff., 659, 661, 674, 676
- Marktorganisation -
- Marktstruktur 520
- Marktzutrittsschranken -
- Meldepflicht 659, 669 f., 673 f., 680 f.
- Missbrauch 499 f., 522, 524 ff.
- N**
- Netzwerk 653, 656
- Netzwerkkosten -
- Nichtdiskriminierungsklausel -
- O**
- P**
- Parallelverhalten 567
- potenzieller Wettbewerb 632, 663 f.
- Preisabrede 506 ff., 512, 527, 582, 586 ff., 611 f., 617
- Preisbindung zweiter Hand -
- Q**
- Quersubventionierung 488, 490, 495 ff.
- R**
- Rabatte 501, 507 ff., 518, 540 f., 545 ff., 554, 558, 562 ff., 586, 600 f., 616, 621, 633, 635, 639
- Reduktion der Sanktion -
- S**
- Sanktionen 571, 574 ff., 582, 644
- Senkung Herstellkosten -
- Submission -
- Submissionskartell -
- T**
- Tarife 563 f., 587
- Tarifvertrag -

Tierärzte/innen -

Transparenzmassnahmen -

U

Umstossung der Vermutung -

Untersuchung 488, 501, 504 f., 517, 521 ff., 531 ff., 556 ff.,
681

unzulässige Wettbewerbsabrede 505 f., 522, 524, 527, 582
ff.,

V

vermutungsweise unzulässige Vertikalabrede -

Veröffentlichung 580

Verschulden -

Vierparteiensysteme -

vorbehaltene Vorschriften 491 ff., 498 f., 524, 583, 658, 672

vorgezogene Recyclinggebühren -

W

Wettbewerb um den Markt -

X

Y

Z

Zahlungsmittel -

zweiseitige Märkte -