

WEKO nikon-2011-11-28 vom 28. November 2011

WEKO, 2011-11-28, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/weko_nikon-2011-11-28

FR: WEKO nikon-2011-11-28 du 28 novembre 2011

IT: WEKO nikon-2011-11-28 del 28 novembre 2011

Erwägungen

E. 14

JENS LEHNE, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 2 KG N 7.

E. 15

Botschaft vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Botschaft KG 1994), BBl 1995 I 468, 534.

22/2010/00038/COO.2101.111.4.153527 14

Unternehmen der Nikon Gruppe mit den ihnen angeschlossenen Vertriebsunternehmen Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG getroffen, weshalb auch der sachliche Geltungsbereich erfüllt ist. B.1.3. Räumlicher Geltungsbereich 74. Das Kartellgesetz ist auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland verursacht werden (sog. Auswirkungsprinzip; Art. 2 Abs. 2 KG). Mit anderen Worten kommt es nicht darauf an, wo eine Wettbewerbsbeschränkung veranlasst wurde. Stattdessen ist massgebend, ob sich diese im schweizerischen Markt auswirkt.¹⁶ Wenn Ländergesellschaften der Nikon Gruppe im Ausland bzw. die Europazentrale Nikon Europe BV mittels Abreden mit den ausländischen Händlern Parallelimporte¹⁷ in die Schweiz verhindern bzw. behindern, hat dieser im Ausland veranlasste Sachverhalt Auswirkungen auf die Wettbewerbsverhältnisse in der Schweiz.¹⁸ Das Kartellgesetz ist folglich anwendbar. Ob Parallelimporte tatsächlich verhindert bzw. behindert werden, wird Gegenstand der nachfolgenden Prüfung sein. 75. Gemäss Nikon sei für die Begründung der Anwendbarkeit des Kartellgesetzes eine qualifizierte Inlandsauswirkung notwendig, d.h. eine unmittelbare und wesentliche Auswirkung auf die Schweiz. Die reine Möglichkeit oder das Bezwecken einer Auswirkung – ohne dass tatsächlich Auswirkungen auf die Schweiz nachgewiesen sind – vermöge den Anforderungen des Auswirkungsprinzips nicht zu genügen. Im vorliegenden Fall müsse der Nachweis erbracht werden, dass sich die einzelnen Bestimmungen in den ausländischen Vertriebsverträgen auf die Schweiz ausgewirkt hätten. Selbst wenn mit einem Teil der Lehre davon ausgegangen würde, dass für die Eröffnung einer Untersuchung gegen ausländische Wettbewerbsabreden das blosses Bezwecken einer Auswirkung auf die Schweiz nach Art. 2 Abs. 2 KG genüge, wäre gemäss Nikon der Begriff des „Bezweckens“ im Sinne einer „objektiven Eignung“ auszulegen, wie dies mit Bezug auf Art. 4 Abs. 1 KG getan werde. 76. Nach Auffassung der WEKO können die Auswirkungen möglicher Wettbewerbsabreden erst festgestellt werden, nachdem die Abreden definiert worden sind. Mit anderen Worten fällt die Prüfung der Auswirkungen einer Wettbewerbsabrede auf die Schweiz mit der Prüfung der Widerlegung der Unzulässigkeitsvermutung (Art. 5 Abs. 4 KG) bzw. der Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung (Art. 5 Abs. 1 KG) zusammen. 77. In der Lehre wird

zutreffend darauf verwiesen, dass das Erfordernis wesentlicher Auswirkungen nur für die Frage von Bedeutung sei, ob überhaupt ein Kartellverfahren in der Schweiz eingeleitet werden kann. Zum Zeitpunkt der Eröffnung der Untersuchung sei aber in der Regel noch nicht bekannt, welche Auswirkungen eine behauptete Wettbewerbsbeschränkung hat (dies herauszufinden gehöre gerade zu den Zielen der Untersuchung). Folglich müsse für die Verfahrenseinleitung bereits die Möglichkeit von (wesentlichen) Auswirkungen genügen.¹⁹ 78. Indem die WEKO festhielt, dass die Nikon Gruppe möglicherweise mittels Abreden mit ausländischen Vertriebspartnern Parallelimporte in die Schweiz verhindert bzw. behindert hat, zeigte sie die möglichen (wesentlichen) Auswirkungen auf, die für die

E. 16

Botschaft KG 1994 (Fn 15), 535.

E. 17

Siehe Fn 1.

E. 18

Vgl. RPW 2000/2, 209 Rz 47, Volkswagen-Vertriebssystem.

E. 19

BSK KG-LEHNE (Fn 14), Art. 2 KG N 53.

22/2010/00038/COO.2101.111.4.153527 15

Einleitung der Untersuchung notwendig waren. Ob solche Auswirkungen tatsächlich vorhanden waren, ist Gegenstand der nachfolgenden Prüfung. B.2. Vorbehaltene Vorschriften 79. Dem Kartellgesetz sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen, und solche, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 KG). In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG wird von Nikon auch nicht geltend gemacht. 80. 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). 81. Nikon verweist darauf, dass sämtliche Nikon Imaging Produkte zumindest in Teilen patentgeschützt seien und im Patentrecht bis zum 1. Juli 2009 der Grundsatz der nationalen Erschöpfung gegolten habe. 82. Dagegen ist Folgendes einzuwenden: Weil das Kartellgesetz, wie erwähnt, auch auf Einfuhrbeschränkungen anwendbar ist, die sich auf Rechte des geistigen Eigentums stützen, dürfen die Handlungen des Schutzrechtsinhabers auf ihre kartellrechtliche Zulässigkeit hin überprüft werden.²⁰ Dies entspricht auch der Ansicht des Bundesgerichts, das in seinem Urteil in Sachen Kodak vom 7. Dezember 1999 (BGE 126 III 129) zwar das Prinzip der nationalen Erschöpfung²¹ im Patentrecht für anwendbar hielt

E. 20

RETO M. HILTY, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 3 Abs. 2 KG N 20.

E. 21

Von der Erschöpfung eines Immaterialgüterrechts wird gesprochen, wenn das geschützte Erzeugnis vom Schutzrechtsinhaber selbst oder mit dessen Zustimmung in Verkehr gebracht worden ist. Der Erschöpfungsgrundsatz soll einen rechtspolitischen Ausgleich zwischen dem ausschliesslichen Verwertungsrecht des Schutzrechtsinhabers und dem Eigentumsrecht des Produzentwerbers schaffen (FREDY GUJER, Parallelimporte patentrechtlich geschützter Güter – missbräuchliche Zustimmungsverweigerung des Schutzrechtsinhabers, 2005, 5, m.w.N.). Die Erschöpfung war lange nicht gesetzlich geregelt, weshalb sie richterlich bestimmt wurde. Im Marken- und Urheberrecht wurde von internationaler Erschöpfung ausgegangen. In diesen Bereichen konnte nicht gestützt auf Marken- und Urheberrecht gegen Parallelimporte vorgegangen werden. Im Patentrecht hingegen erkannte das Bundesgericht auf nationale Erschöpfung, wodurch es dem Patentrechtsinhaber grundsätzlich möglich war, Parallelimporte zu verhindern (GUJER, 6, m.w.N.). Der Bundesrat befasste sich mehrmals mit Alternativen zur nationalen Erschöpfung im Patentrecht, wobei Massnahmen zur Verhinderung missbräuchlicher Berufung auf das Patentrecht und die Lösung von Konflikten von sowohl markenrechtlich oder urheberrechtlich als auch patentrechtlich geschützten Produkten im Zusammenhang mit Parallelimporten im Vordergrund standen (Botschaft vom 23. November 2005 zur Änderung des Patentgesetzes und zum Bundesbeschluss über die Genehmigung des Patentvertrags und der Ausführungsverordnung, BBl 2006 1, 2, 4). Am 19. Dezember 2008 entschied das Parlament, dass im Grundsatz das Prinzip der einseitigen, d.h. ohne Vereinbarung des Gegenrechts eingeführten, regionalen Erschöpfung im Verhältnis zu den Vertragsstaaten des europäischen Wirtschaftsraums Anwendung finden soll (Informationen abrufbar auf der Internetseite des Instituts für geistiges Eigentum <www.ige.ch/fileadmin/user_upload/Juristische_Infos/d/medienmitteilungen/mm_patg_erschoepfung_20090529_d.pdf> (28.11.2011)). Die entsprechende Bestimmung wurde in Art. 9a des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1954 über die Erfindungspatente (Patentgesetz, PatG; SR 232.14) am 1. Juli 2009 in Kraft gesetzt.

22/2010/00038/COO.2101.111.4.153527 16

(E. 4–8), aber ausdrücklich darauf verwies, dass das Kartellrecht auf patentrechtliche Einfuhrmonopole Anwendung finden könne (E. 9). Die Botschaft hält dazu fest, im Ergebnis könne sich der Patentinhaber aufgrund dieses Urteils Parallelimporten patentierter Güter in der Schweiz widersetzen, aber nur so weit, als damit nicht eine kartellrechtswidrige Wettbewerbsbeschränkung verbunden sei.²² Dem Kartellgesetz werde die Rolle als Korrektiv gegen auf nationale Erschöpfung basierende Preismissbräuche zudedacht.²⁴ Bestehen zwischen Herstellern und Händlern Abreden über die Zuweisung von Gebieten, die sich auf Immaterialgüterrechte stützen und führen diese Abreden dazu, dass Verkäufe in die zugewiesenen Gebiete durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden (insbesondere Verbot des Passivverkaufs an Händler oder Endkunden), so liegt ein absoluter Gebietsschutz vor und greift die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs (Art. 5 Abs. 4 KG i.V.m. Ziff. 10 Abs. 1 lit. a Vert-Bek²⁵).²⁶ 83. Gemäss Nikon ist es vor dem Hintergrund der direkten Sanktionierung nicht statthaft, Gesetzesbestimmungen extensiv zulasten des zu sanktionierenden Unternehmens auszulegen. Dies sei im Rahmen von Art. 3 Abs. 2 KG insbesondere für die Auslegung des Ausdrucks „Einfuhrbeschränkungen“ von Bedeutung. Die Vereinbarung könne vorliegend nur den inländischen Händler betreffen, der eine Vereinbarung mit Nikon abschliesst, die eine Bezugsbeschränkung enthält, denn nur ein solcher Händler werde potentiell in der

Einfuhr beschränkt. Das Bestimmtheitsgebot verlange im Lichte von nulla poena sine lege stricta, dass der Gesetzeswortlaut nicht extensiv, sondern restriktiv ausgelegt wird. 84. Hiergegen ist Folgendes festzuhalten: Das Bundesgericht erkannte in seinem Urteil in Sachen Kodak vom 7. Dezember 1999 (BGE 126 III 129) auf nationale Erschöpfung im Patentrecht, hielt jedoch fest, dass das daraus fliessende Einfuhrmonopol des Berechtigten diesem eine „überschiessende Rechtsmacht“ verleihe, was nicht eine sich ausschliesslich aus dem Patentrecht ergebende Beschränkung des Wettbewerbs darstelle, weshalb das Kartellgesetz auf den Sachverhalt solcher Einfuhren durchaus anwendbar sei (E. 9b). Es gehöre nicht zu den Befugnissen des Patentinhabers, „künstlich Märkte aufzuteilen bzw. den schweizerischen Markt vom Ausland abzuschotten“ (BGE 126 III 129 E. 9a). Damit führte das Bundesgericht mit Bezug auf die Frage der Zulässigkeit von Parallelimporten eine grundlegende Änderung herbei.²⁷ Folge davon war unter anderem der Einschub in Art. 3 Abs. 2 Satz 2 KG, wonach Einfuhrbeschrän-

E. 22

Im Zusammenhang mit Rechten geistigen Eigentums wird mit Parallelimporten die gewerbsmässige Einfuhr immaterialgüterrechtlich geschützter Güter aus einem Drittland bezeichnet, wenn sie ohne Zustimmung des Rechtsinhabers im Inland erfolgt, die Güter aber im Drittland vom Schutzrechtsinhaber oder mit dessen Zustimmung rechtmässig in Verkehr gesetzt worden sind (GUJER [siehe oben Fn 21], 4 m.w.N.). Vorliegend wird von einer weiteren, nicht auf immaterialgüterrechtlich geschützte Güter beschränkten Definition ausgegangen (siehe oben Fn 1).

E. 23

Botschaft vom 7. November 2001 über die Änderung des Kartellgesetzes (Botschaft KG 2003), BBl 2002, 2022, 2029 Ziff. 1.3.2.

E. 24

Botschaft KG 2003 (Fn 23), 2022, 2029 f. Ziff. 1.3.2.

E. 25

Bekanntmachung der WEKO vom 28. Juni 2010 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Vertikalbekanntmachung, VertBek bzw. VertBek 2010, wenn die Unterscheidung zur ehemaligen Vertikalbekanntmachung 2007 [vgl. Fn 86] hervorgehoben werden soll). Die WEKO stützt sich für die vorliegende Beurteilung auf die VertBek 2010, weil darin die jüngste Fallpraxis zu vertikalen Abreden nach Art. 5 Abs. 4 KG berücksichtigt wurde.

E. 26

Vgl. KLAUS NEFF, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Ziff. 10 Vert-BM N 7.

E. 27

BSK KG-HILTY (Fn 20), Art. 3 Abs. 2 KG N 18.

22/2010/00038/COO.2101.111.4.153527 17

kungen, die sich auf Rechte des geistigen Eigentums stützen, der Beurteilung nach dem Kartellgesetz unterliegen.²⁸ 85. Art. 3 Abs. 2 Satz 2 KG war nicht nur in sachlicher Hinsicht, sondern auch wegen seiner Formulierung von Beginn an umstritten. HILTY hält

fest, dass zumindest durch ein „insbesondere“ hätte klar gestellt werden müssen, dass Einfuhrbeschränkungen nur ein möglicher Anwendungsfall von sich nicht „ausschliesslich“ aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergebenden Wettbewerbswirkungen sind.²⁹ 86. Im Übrigen muss das Kartellrecht immer anwendbar sein, wenn ein kartellrechtlich relevanter Missbrauchstatbestand vorzuliegen droht, denn ob das Kartellgesetz auch in der Sache greift, kann erst bei seiner Anwendung entschieden werden.³⁰ Insofern als vorliegend Anhaltspunkte dafür bestehen, dass Parallelimporte in missbräuchlicher Weise verhindert bzw. behindert wurden, muss das Kartellgesetz zur Anwendung gelangen und zwar unabhängig davon, ob die möglicherweise unzulässigen Wettbewerbsabreden zwischen dem Hersteller und inländischen Vertriebspartnern oder zwischen dem Hersteller und ausländischen Vertriebspartnern getroffen wurden. Andernfalls liesse sich die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes dadurch umgehen, dass anstelle von Einfuhrbeschränkungen mit inländischen Händlern Ausfuhrbeschränkungen mit ausländischen Händlern vereinbart würden. Zudem ist die Bezeichnung als Einfuhrbeschränkung respektive Ausfuhrbeschränkung eine Frage der Perspektive. Für einen in der Schweiz ansässigen Parallelimporteur bedeuten Ausfuhrbeschränkungen in ausländischen Vertriebsverträgen immer auch Einfuhrbeschränkungen in die Schweiz. Anders ausgedrückt ist Folge einer Ausfuhrbeschränkung durch Abredepartner im Ausland letztlich nichts anderes als eine Einfuhrbeschränkung im Inland, denn wenn im Ausfuhrland nicht exportiert werden darf, kann im Einfuhrland (zumindest über den beschränkten Kanal) nicht importiert werden. Die blossе Bezeichnung von Einfuhrbeschränkungen in Art. 3 Abs. 2 KG ist Ausfluss des dargelegten Auswirkungsprinzips, wonach die Auswirkung auf den schweizerischen Markt massgebend ist. Von einer extensiven Auslegung des Begriffs Einfuhrbeschränkung und somit einer Verletzung des Bestimmtheitsgebotes kann folglich keine Rede sein. 87. Vorliegend bestehen in europäischen und US-amerikanischen Vertriebsverträgen von Nikon Klauseln, die den Händlern ausdrücklich ein auf den EWR bzw. auf ihr Staatsgebiet beschränktes Verkaufsgebiet zuweisen und damit direkt Parallelexporte in die Schweiz verhindern (siehe unten Rz 119 ff.). Andererseits enthalten Vertriebsverträge von Nikon in der Schweiz Klauseln, wonach sich Schweizer Händler verpflichten, Nikon Produkte nur im Vertragsgebiet (Schweiz und Liechtenstein) zu beziehen (siehe unten Rz 99 ff.). Vor diesem Hintergrund rechtfertigt es sich vorliegend, das Kartellgesetz anzuwenden, zumal Hinweise für eine missbräuchliche Verhinderung bzw. Behinderung von Parallelimporten bestehen, was nachfolgend aufzuzeigen sein wird: Dass Nikon vor allem in Zusammenhang mit der Unterbindung von Parallelimporten an die Anrufung von Immaterialgüterrechten gedacht hat, zeigt sich u.a. daran, dass sie diesbezüglich juristische Beratung eingeholt hatte (vgl. Rz 541). Das entsprechende Memorandum betreffend Parallelimporte vom 6. Oktober 2008 hielt u.a. fest, dass sich Patentrechte nur national erschöpfen und daher gestützt auf Patentrecht grundsätzlich Parallelimporte verhindert werden können. Im Anschluss wurde darauf aufmerksam gemacht, dass eine allfällige Verhinderung jedoch der kartellrechtlichen Beurteilung un-terliegen würde. Weiter wurde in diesem Memorandum (fälschlicherweise) festgehal-

E. 28

BSK KG-HILTY (Fn 20), Art. 3 Abs. 2 KG N 18.

E. 29

BSK KG-HILTY (Fn 20), Art. 3 Abs. 2 KG N 55 m.w.H.

E. 30

BSK KG-HILTY (Fn 20), Art. 3 Abs. 2 KG N 22.

22/2010/00038/COO.2101.111.4.153527 18

ten, dass im Fall von Nikon keine unzulässigen vertikalen Wettbewerbsabreden in Betracht kämen (siehe unten Rz 541). 88. Dass Nikon nach Lösungen suchte, um Parallelimporte einzudämmen, geht auch deutlich aus der beschlagnahmten Nikon internen Korrespondenz hervor. So schrieb [...] von Nikon Schweiz, mit E-Mail vom 12. November 2008 an diverse Nikon Länder- gesellschaften, sie seien sich einig darüber, dass ihnen einige Grosshändler Kopf- schmerzen verursachen, weil sie in pan-europäische Arbitrage-Geschäfte³¹ involviert seien, während die anderen die Geschäftsziele mit seriöser Vertriebsarbeit verfolgen würden. Der Vorschlag, wie dieses Problem gelöst werden könnte, ging dahin, die Grosshändler in zwei Gruppen aufzuteilen, wobei mit den Begriffen „Distributoren“ und „Box Movers“ gearbeitet werden sollte. In der Beschreibung der beiden Grosshändler- gruppen im Anhang zu dieser E-Mail wurde u.a. festgehalten, der „Distributor“ sei we- der aktiv³² noch passiv³³ im „cross-channel“ oder in „cross-border“ Arbitrage- Geschäften tätig, währendem der „Box-Mover“ vor allem Arbitrage-Geschäfte betreibe, indem er, ungeachtet der „channel affiliation“, an verschiedene Kunden verkaufe und dabei von den Preisunterschieden zwischen den verschiedenen Kanälen innerhalb eines Landes oder zwischen Ländern profitiere. Der „Box Mover“ fokussiere seine Aktivi- täten hauptsächlich auf „fast moving“ und „highly demanded“ Produkte, was als „cherry picking“ bezeichnet wurde. Dieser Beschreibung wurde eine Liste angehängt, in wel- cher die Grosshändler als „Distributor“ oder „Box Mover“ qualifiziert und deren Nikon- Umsätze im Jahr 2008 ausgewiesen wurden. 89. Aus der vorgenannten Korrespondenz geht deutlich hervor, dass der Parallel- handel für Nikon ein Problem darstellte und Nikon versuchte, Massnahmen dagegen zu ergreifen. Am 6. April 2009 hat [...] von Nikon Schweiz Nikon intern zudem eine Präsentation mit dem Namen [...] weitergeleitet, gemäss welcher [...]. Insbesondere [...] hätten vom unterschiedlichen Preisniveau innerhalb und ausserhalb Europa profi- tiert. [...]. Als Risiko des Projekts wurde u.a. das Wettbewerbsrecht aufgeführt. Das [...] ist nach Angaben von Nikon nie umgesetzt worden. Den Wettbewerbsbehörden liegen keine Beweismittel vor, die einen anderen Schluss zuliessen. Folglich bildet das [...] nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung. Gleichwohl kann daraus abgeleitet werden, dass aus Sicht von Nikon die erhoffte Wettbewerbswirkung sich nicht oder zumindest nicht ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergab, sondern letztere vielmehr als Vorwand für die Eindämmung von unerwünschten Parallelimporten in Betracht gezogen wurde. 90. Vor diesem Hintergrund dringt Nikon mit der Berufung auf allfällige Patentrechte auf Nikon Produkten nicht durch, zeigen die erwähnten beschlagnahmten Dokumente doch deutlich, dass Nikon primär deshalb an der Verhinderung von Parallelimporten in- teressiert war, weil damit dem Druck günstigerer ausländischer Angebote auf das Schweizer Preisniveau entgegengewirkt werden sollte. Ob es vorliegend zu einer unzu- lässigen Verhinderung von Parallelimporten in die Schweiz kam, ist Gegenstand der nachfolgenden Prüfung.

E. 31

Arbitrage beschreibt das Ausnutzen von räumlichen oder zeitlichen Preisdifferenzen für ein Gut <<http://boersenlexikon.faz.net/arbitrag.htm>> (03.02.2011).

E. 32

Vgl. Fn 73 für die Definition des Begriffs von aktiven Verkäufen.

E. 33

Vgl. Rz 200 für die Definition des Begriffs von passiven Verkäufen.

22/2010/00038/COO.2101.111.4.153527 19

B.3. Unzulässige Wettbewerbsabrede über die Zuweisung von Gebieten 91. Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, sind unzulässig (Art. 5 Abs. 1 KG). B.3.1. Wettbewerbsabrede 92. Als Wettbewerbsabreden gelten 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). 93. Eine Wettbewerbsabrede definiert sich daher durch folgende Tatbestandselemente: a) ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der Abrede beteiligten Unternehmen und b) eine Abrede, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt. B.3.1.1. Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken 94. Die in Art. 4 Abs. 1 KG aufgeführten Formen von Wettbewerbsabreden zeichnen sich alle dadurch aus, dass zwei oder mehrere wirtschaftlich voneinander unabhängige Unternehmen kooperieren.³⁴ Am einfachsten gelingt der Nachweis eines „bewussten und gewollten Zusammenwirkens“, wenn die Wettbewerbsabrede in der Form einer ausdrücklichen Vereinbarung vorliegt.³⁵ 95. Vorliegend bestehen zwischen der Europazentrale Nikon Europe BV bzw. den verschiedenen Ländergesellschaften der Nikon Gruppe und den ihr bzw. ihnen angeschlossenen Vertriebsunternehmen verschiedene Vertragsklauseln, welche nachfolgend dargelegt werden. 96. Laut Nikon wurden die nachstehend identifizierten Vertragsklauseln weder von Nikon durchgesetzt noch von den Händlern beachtet. Ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken liege demnach nicht vor. 97. Dieses Argument stösst ins Leere: Nikon bringt nicht vor, die nachstehenden Verträge seien nicht rechtsgültig zustande gekommen. Es fehlen auch sonst Hinweise wie namentlich Protokolle, Besprechungsnotizen und (E-Mail-)Korrespondenzen, welche auf eine Ausserkraftsetzung oder faktische Nichtbeachtung des Vertrages schliessen liessen. Ob und wie diese Verträge von Nikon durchgesetzt und von den Händlern beachtet wurden, prüft die WEKO praxismässig unter dem Tatbestandsmerkmal der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs oder – im Falle der Widerlegung der Vermutung nach Art. 5 Abs. 4 KG – bei der Erheblichkeitsprüfung nach Art. 5 Abs. 1 KG (siehe unten Rz 352 ff. und 487 ff.).

E. 34

THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 4 Abs. 1 KG N 81.

E. 35

BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 34), Art. 4 Abs. 1 KG N 82.

22/2010/00038/COO.2101.111.4.153527 20

B.3.1.1.1. Vertragsklauseln B.3.1.1.1.1. Inländische Vertriebsverträge von Nikon Schweiz 98. Nikon Schweiz vertreibt ihre Produkte Nikon Imaging (ohne „D3S/D3X“³⁶) in einem zweistufigen Vertriebssystem an Grosshändler und Einzelhändler. Nachdem die Geschäfte mit den Grossisten ursprünglich auf der Basis von einfachen Konditionenvereinbarungen

abgewickelt worden waren, führte Nikon Schweiz ca. Ende 2004 einen Grossistenvertrag ein und beschränkte gleichzeitig die direkte Belieferung von Einzelhändlern auf einige strategisch wichtige Kunden, sog. „Key Accounts“. Alter Grossistenvertrag bis 31. August 2009 99. Der Händlervertrag „Distributor“ („Alter Grossistenvertrag“) wurde durch Nikon Schweiz ca. Ende 2004 eingeführt und nach und nach mit den Grosshändlern abgeschlossen. Bis Ende August 2009 haben insgesamt sechs Grossisten ([...]) den alten Grossistenvertrag unterzeichnet. Der alte Grossistenvertrag betraf das Vertragsgebiet Schweiz und Liechtenstein und enthielt in § 6 Abs. 1 folgende Bestimmung zum Warenbezug: „Der Distributor und dessen Tochter- und Schwestergesellschaften dürfen die Vertragserzeugnisse nur von Nikon oder von einem anderen von Nikon autorisierten Distributor im Vertragsgebiet beziehen.“ 37 100. Mit der Zustimmung zu dieser Vertragsklausel haben sich die Grossisten gegenüber Nikon Schweiz verpflichtet, sämtliche Parallelimporte, mit Ausnahme von solchen aus Liechtenstein, zu unterlassen. In Bezug auf das Verhältnis zwischen Nikon Schweiz und den Grossisten unter dem alten Grossistenvertrag lag damit eine ausdrückliche Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs.1 KG vor, die vom Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung bis zum 31. August 2009 andauerte. 101. Nikon Schweiz macht geltend, beim Vertriebssystem für Nikon Imaging habe es sich bis zum 31. August 2009 weder auf Stufe der Grossisten noch auf Stufe der Einzelhändler um ein Selektivvertriebssystem gehandelt. Hierzu ist anzumerken, dass die Qualifikation der Vertriebsverträge als Selektivvertriebsverträge vorliegend insofern keine Rolle spielt, als die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs nicht nur bei einer bestimmten Art von Vertriebsverträgen greift (siehe unten Rz 191). 102. Nikon bringt weiter vor, die geografische Bezugsbeschränkung der Grossisten gemäss § 6 Abs. 1 des alten Grossistenvertrags sei in der Praxis nicht gelebt worden. Weder habe Nikon Schweiz diese Beschränkung durchgesetzt, noch hätten sich die Grossisten daran gehalten. Es wird auf [...] und [...] verwiesen, welche explizit ausgesagt hätten, regelmässig parallel importiert zu haben. 103. Hierzu ist festzuhalten, dass [...] lediglich ausgesagt hat, vereinzelt (ca. [...] % des Umsatzes) ab ihrem europäischen Zentrallager Nikon Produkte bezogen zu haben. Dies entspricht weniger als [...] % des jährlichen Gesamtumsatzes mit Nikon Imaging Produkten aller Distributoren in der Schweiz (vgl. Tabelle 1 in Anhang E.1). Es handelt sich bei diesem Grossisten zudem insofern um einen Spezialfall, als er Nikon Produkte über seine Schwestergesellschaft in Deutschland bezog. Für einen Hersteller dürfte es

E. 36

Beim Modell D3X handelt es sich um eine Spiegelreflexkamera für professionelle Fotografen, das Modell D3S ist eine Spiegelreflexkamera für Reportage- und Sportfotografie.

E. 37

Hervorhebung durch die WEKO.

22/2010/00038/COO.2101.111.4.153527 21

schwieriger sein, Querlieferungen³⁸ zwischen Schwestergesellschaften innerhalb desselben Konzerns zu unterbinden als solche zwischen voneinander unabhängigen Unternehmen (siehe unten Rz 325). [...] gab an, regelmässig Nikon Produkte parallel importiert zu haben. Allerdings handelt es sich bei [...] ebenfalls um einen Spezialfall, da dieser Grossist Nikon Produkte über seine Schwestergesellschaft in Deutschland beziehen

konnte. [...] sagte aber auch aus, mehrmals mündlich von Bezügen ausserhalb des Vertragsgebiets abgemahnt worden zu sein. Einer E-Mail [...] Imaging Schweiz ist folgender Satz zu entnehmen: „We have cancelled our contract with [...] a few months ago, as our opinion is that Nikon should not work with ‘Box Movers’“. Laut Nikon seien die Verträge mit [...] aufgelöst worden, weil [...] die Zulassungskriterien des neu eingeführten Selektivvertriebs nicht erfüllen konnte oder wollte. Ungeachtet dieses Widerspruchs zeigt diese E-Mail, dass Nikon Schweiz sehr wohl reagierte, wenn festgestellt wurde, dass Vertriebspartner von Nikon Schweiz Nikon Produkte ausserhalb des ihnen zugewiesenen Bezugsgebiets Schweiz/Liechtenstein bezogen hatten bzw. ausländische Vertriebspartner von Nikon ausserhalb des ihnen zugewiesenen Verkaufsgebiets verkauft hatten. Von einer Nichtdurchsetzung der Bezugsbeschränkung in § 6 Abs. 1 des alten Grossistenvertrags kann daher keine Rede sein. 104. Mit Ausnahme von [...] und der liechtensteinischen [...] haben sich die Grossisten ganz nach dem Grundsatz pacta sunt servanda verhalten und keine Parallelimporte getätigt: ■ [...] gab an, als Distributor von Nikon exklusiv mit dieser zusammengearbeitet zu haben und daher im untersuchungsrelevanten Zeitraum keine Nikon Produkte parallel importiert zu haben. Folglich konnte der Grosshändler auch nicht beurteilen, ob Nikon Massnahmen ergriff, um Parallelimporte zu verhindern; ■ [...] gab ebenfalls an, keine Parallelimporte von Nikon Produkten getätigt zu haben. Parallelimporte würden der langfristig ausgerichteten Geschäftsstrategie der [...] widersprechen; ■ Auch [...] gab an, im untersuchungsrelevanten Zeitraum keine Parallelimporte von Nikon Produkten getätigt zu haben. Dies wurde folgendermassen begründet: „Da wir eine gute Geschäftsbeziehung mit Nikon Schweiz pflegen, und wir hauptsächlich Schweizerlieferanten bevorzugen“; ■ [...] beantwortete die Frage nach Parallelimporten folgendermassen: „Als vertraglich gebundener Distributionspartner von Nikon und durch interne [...] Policy kam es für uns nicht in Frage bei jemand anderem ausser den offiziellen Kanälen (in diesem Fall Nikon direkt) zu bestellen“. Von einer in der Praxis nicht gelebten Vertragsbestimmung kann daher keine Rede sein. Selektivvertriebsvertrag Grossisten für Nikon Imaging ab 1. September 2009 105. Nikon Schweiz kündigte auf Ende August 2009 alle alten Grossistenverträge und schloss per 1. September 2009 mit [...], [...] und [...] einen Selektivvertriebsvertrag betreffend Nikon Imaging Produkte ab. [...] wurde nach Erfüllung der Zulassungskriterien per 19. April 2011 zum Selektivvertrieb zugelassen. Im September 2011 wurde zudem auch [...] als Grossistin in den Selektivvertrieb aufgenommen, welche unter dem alten Regime keine Vertragshändlerin von Nikon gewesen war.

E. 38

Als Querlieferung wird die gegenseitige Belieferung von Händlern gleicher oder unterschiedlicher Marktstufen innerhalb eines selektiven Vertriebssystems bezeichnet (Ziff. 5 VertBek).

22/2010/00038/COO.2101.111.4.153527 22

106. Der neue Selektivvertriebsvertrag mit den Grossisten enthält folgende Bestimmungen, die als Vereinbarungen im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren sind und deren Würdigung weiter unten (Rz 292 ff. [„Swiss Garantie“] und Rz 312 ff. [Selektivvertrieb]) erfolgt: „6.1 Der Grossist verpflichtet sich dazu, Nikon Produkte ausschliesslich an zugelassene Händler zu vertreiben. Insbesondere sind Querlieferungen an Grossisten, die zugelassene Händler sind, erlaubt. Der Grossist verpflichtet sich jedoch, den

aktiven und passiven Verkauf von Nikon Produkten an andere als zugelassene Händler innerhalb und ausserhalb des Vertragsgebiets zu unterlassen.“ „8.1 Der Grossist darf Nikon Produkte nur von Nikon oder von einem anderen zugelassenen Händler beziehen. 8.2 Vertreibt der Grossist Nikon Produkte, die nicht von Nikon in die Schweiz eingeführt wurden („Parallelimporte“), ist er verpflichtet, seine Abnehmer ausdrücklich darüber zu informieren und zur Information ihrer Abnehmer zu verpflichten, dass die Käufer dieser Nikon Produkte nicht von Sonderaktionen von Nikon (z.B. „Nikon Swiss Garantie39“) profitieren. [...]“ Vertriebsvereinbarungen Einzelhändler Nikon „D3S/D3X“ seit November 2008 bzw. 2009 107. Im November 2008 führte Nikon Schweiz die Spiegelreflexkamera D3X für professionelle Fotografen und im November 2009 das Modell D3S für Reportage- und Sportfotografie auf dem Schweizer Markt ein. Die entsprechenden, als Selektivvertriebsverträge bezeichneten Verträge (nachfolgend: Vertriebsverträge „D3S/D3X“) enthalten in Art. 3 Abs. 1 folgende Bestimmung zum Warenbezug: „Der Händler verpflichtet sich, die Nikon D3X/D3S nur bei Nikon oder bei einem von Nikon autorisierten Nikon D3X/D3S Händler in der Schweiz oder dem Fürstentum Liechtenstein zu beziehen.“ 40 108. Damit besteht zwischen Nikon Schweiz und den Vertriebspartnern der Spiegelreflexkameras D3S und D3X eine ausdrückliche Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG darüber, Parallelimporte der Vertragswaren, mit Ausnahme von Importen aus Liechtenstein, zu unterlassen. 109. Nikon macht geltend, der Vertriebsvertrag „D3S/D3X“ sei trotz entsprechender Bezeichnung nicht als Selektivvertriebsvertrag zu qualifizieren. Wie bereits erwähnt (Rz 101), spielt die Qualifikation als Selektivvertriebsvertrag vorliegend insofern keine Rolle, als die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs nicht nur bei einer bestimmten Art von Vertriebsverträgen greift (siehe unten Rz 191). 110. Nikon bringt weiter vor, auch die geografische Bezugsbeschränkung in Art. 3 Abs. 1 des D3X/D3S-Vertrags sei nicht gelebt worden. Keiner der befragten Vertragspartner habe auf die entsprechenden Fragen geantwortet, vertraglich oder anderweitig daran gehindert worden zu sein, Parallelimporte zu tätigen.

E. 39

Bei der „Nikon Swiss Garantie“ handelt es sich um eine Garantieverlängerung von Nikon Schweiz, mit welcher die einjährige „Nikon European Service Warranty“ bzw. die einjährige „Nikon Worldwide Service Warranty“ bei Spiegelreflex- und Kompaktkameras um ein zusätzliches und bei Objektiven und Blitzgeräten um zwei zusätzliche Jahre verlängert wird (siehe unten Rz 292 ff.).

E. 40

Hervorhebung durch die WEKO.

22/2010/00038/COO.2101.111.4.153527 23

111. Gegen diese Vorbringen von Nikon ist Folgendes einzuwenden: Ein Grossteil der von Nikon zitierten Händler hat – getreu dem Grundsatz *pacta sunt servanda* – nie versucht, parallel zu importieren (siehe unten Rz 326), weshalb Nikon Schweiz überhaupt keinen Grund gehabt hätte, einzugreifen. Aus diesen Antworten kann daher nicht geschlossen werden, die Bezugsbeschränkung sei nicht gelebt worden. Vielmehr lässt sich daraus schliessen, dass neben der vertraglichen Bezugsbeschränkung keine weiteren Massnahmen von Nikon zu deren Umsetzung notwendig waren. Nikon Professional Service 112. Bereits im Jahr 2007 haben gewisse Einzelhändler mit Nikon Schweiz einen

„Professional Dealer Händlervertrag“ (nachfolgend: „NPSD“-Vertrag) abgeschlossen und sich verpflichtet, zusätzliche Dienstleistungen für professionelle Fotografen zu erbringen. Der „NPSD“-Vertrag enthält in § 4 Abs. 1 folgende Bestimmung: „Der „NPSD“ darf die Vertragserzeugnisse nur von Nikon oder von einem anderen von Nikon autorisierten „NPSD“ im Vertragsgebiet beziehen.“ 41 113. Das Vertragsgebiet des „NPSD“-Vertrages umfasst die Schweiz und Liechtenstein. Folglich besteht zwischen den „NPSD“-Vertragspartnern und Nikon Schweiz ebenfalls eine ausdrückliche Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG, gemäss welcher der Parallelimport von Vertragsware, mit Ausnahme des Importes aus Liechtenstein, ausgeschlossen ist. 114. Gemäss Nikon war es Zweck des „NPSD“-Vertrages, die Betreuung des Kundensegments der professionellen Fotografen („Profikunden“) sicherzustellen. Nur Profikunden, die durch Nikon Schweiz geprüft worden seien und über eine NPS-Kundenkarte verfügten, hätten die zusätzlichen Dienstleistungen der NPS-Händler in Anspruch nehmen dürfen. Der Vertrag sei mit Einführung der neuen Händlertypen per 1. Oktober 2010 auf Stufe Einzelhändler hinfällig geworden. Es wird geltend gemacht, es handle sich nicht um einen Selektivvertriebsvertrag. Dies ergebe sich aus der Tatsache, dass der Händler keine Zulassungskriterien zu erfüllen. 115. Wie bereits erwähnt (Rz 101), kann die Qualifikation als Selektivvertrag vorliegend offen bleiben, da die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs greift, sofern Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten vorliegen und Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden. Dieses Prinzip gilt unabhängig von der Art des implementierten Vertriebssystems (siehe unten Rz 191).

B.3.1.1.2. Ausländische Vertriebsverträge der Nikon Gruppe 116. Neben den Bezugsbeschränkungen in den erwähnten inländischen Vertriebsverträgen (Rz 98 ff.) werden Bezüge ausserhalb des Vertragsgebiets (Schweiz und Liechtenstein) auch dadurch behindert bzw. verhindert, dass in verschiedenen Vertriebsverträgen der Nikon Gruppe im Ausland Klauseln enthalten sind, die geeignet sind, Parallelexporte in die Schweiz zu verhindern. Diese Klauseln werden nachfolgend einzeln beurteilt. 117. Nikon bringt diesbezüglich vor, dass die angeblichen Abreden in den ausländischen Händlerverträgen aufgrund von Art. 3 Abs. 2 KG (Vorbehalt der Anwendung des Kartellgesetzes auf Wettbewerbsbeschränkungen, die sich ausschliesslich aus der Ge-

E. 41

Hervorhebung durch die WEKO.

22/2010/00038/COO.2101.111.4.153527 24

setzung über das geistige Eigentum ergeben) weitgehend nicht unter dem Kartellgesetz zu prüfen seien. 118. Die WEKO geht, wie dargelegt, davon aus, dass es sich bei der Beschränkung von Parallelimporten um Wettbewerbsbeschränkungen handelt, die der kartellrechtlichen Prüfung unterliegen (Art. 3 Abs. 2 Satz 2 KG, vgl. hievore Rz 84 ff.). Deutschland 119. Nikon Deutschland vertreibt sämtliche Nikon Imaging Produkte sowohl auf Stufe Grosshandel als auch auf Stufe Einzelhandel im Selektivvertrieb. Der Selektivvertrieb wurde während der Jahre 2004 bis 2009, abgesehen von [...] im Jahr 2005, nicht verändert. Die Vertriebsverträge „Grosshandel Deutschland“ und „Einzelhandel Deutschland“ enthalten in Art. 4 Abs. 1 jeweils folgende Bestimmung: „Im Übrigen verpflichtet sich der Grosshändler bzw. der Vertragshändler, die Nikon Produkte ausserhalb des EWR nicht zu verkaufen.“ 42 120. Damit bestehen zwischen Nikon GmbH (Deutschland) und den mit ihr in einem Vertragsverhältnis stehenden Gross- und Einzelhändlern Vereinbarungen i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG, die sich i.S.v. Art. 2 Abs. 2 KG

(siehe oben Rz 74) auf die Schweiz auswirken kann, weil dadurch Parallelimporte aus Deutschland in die Schweiz verhindert bzw. behindert werden können. 121. Laut Nikon kann aus dieser Bestimmung nicht gefolgert werden, dass die Vertragspartner bewusst und gewollt zusammenwirken, um Verkäufe in die Schweiz zu unterbinden. Die Parteien hätten nicht an die Schweiz gedacht. Die Klausel enthalte, was nach europäischem Recht möglich und zulässig sei. Selbst wenn man einen Bezug zur Schweiz konstruieren möchte, wäre zu berücksichtigen, dass im Jahr 2004 als der Selektivvertrieb in Deutschland mit dieser Bestimmung eingeführt worden sei, im schweizerischen Recht noch das Prinzip der nationalen Erschöpfung galt. Die Klausel sei von einer [...] Anwaltskanzlei – in Übereinstimmung mit dem damals geltenden Europäischen Kartellrecht – aufgesetzt worden. Es handle sich um eine im EWR nach wie vor sehr verbreitete Standardklausel, die sowohl von den Verfassern als auch von internationalen Unternehmen in aller Regel in keinen Zusammenhang mit der Schweiz gebracht werde. 122. Wie oben (Rz 84) aufgeführt, erkannte das Bundesgericht in seinem Urteil in Sachen Kodak vom 7. Juli 1999 (BGE 126 III 129) auf nationale Erschöpfung im Patentrecht, hielt jedoch fest, dass das daraus fließende Einfuhrmonopol des Berechtigten diesem eine „überschiessende Rechtsmacht“ verleihe. Weil es sich bei diesem Einfuhrmonopol nicht um eine sich ausschliesslich aus dem Patentrecht ergebende Beschränkung des Wettbewerbs handle, sei das Kartellgesetz zur Beurteilung derselben durchaus anwendbar (E. 9b). 123. Weiter kann Nikon mit dem Argument, wonach die fragliche Klausel von einem Anwalt verfasst worden sei und mit dem Europäischen Kartellrecht in Übereinstimmung gebracht werden könne, nichts zu ihren Gunsten ableiten. Denn einerseits gilt im Kartellrecht wie dargelegt das Auswirkungsprinzip und es sind somit bei der Ausgestaltung einer solchen Klausel mithin auch die Auswirkungen auf andere Länder zu beachten. Andererseits hängt die Rechtmässigkeit einer Vertragsklausel in keiner Weise davon ab, ob diese von einem Anwalt verfasst worden ist. Ansonsten könnte beinahe jedes

E. 42

Hervorhebung durch die WEKO.

22/2010/00038/COO.2101.111.4.153527 25

Kartell mit der Begründung gerechtfertigt werden, die inkriminierende Klausel sei von einem Anwalt verfasst worden. Österreich, Slowenien und Ungarn 124. Für den Vertrieb von Nikon Imaging Produkten in Österreich und Slowenien ist ebenfalls Nikon Deutschland verantwortlich. In beiden Ländern (in Österreich seit 2006 und in Slowenien seit 2007) besteht ein selektives Vertriebssystem wie in Deutschland. Nikon Ungarn vertreibt Nikon Imaging Produkte auf Grosshandels- und Einzelhandelsstufe ebenfalls im Selektivvertrieb. Die Vertriebsverträge für Gross- und Einzelhändler in Österreich, Slowenien und Ungarn sind in Bezug auf die vorgenannten Vertriebsklauseln (Rz 119) identisch mit denjenigen in Deutschland. Damit besteht zwischen den Grosshändlern und den Einzelhändlern in diesen Ländern und Nikon GmbH (Deutschland) bzw. der ungarischen Niederlassung ebenfalls eine erzwingbare Vereinbarung gemäss Art. 4 Abs. 1 KG, die sich im Sinne von Art. 2 Abs. 2 KG (siehe oben Rz 74) auf die Schweiz auswirken kann, weil dadurch Parallelimporte aus den genannten Ländern in die Schweiz verhindert bzw. behindert werden können. Nikon Nordic 125. Die Niederlassung Nikon „Nordic“ mit Sitz in Stockholm ist verantwortlich für den Vertrieb von Nikon Imaging Produkten in Dänemark, Norwegen, Schweden, Finnland, Island, Lettland, Litauen und Estland und verfügt in einigen dieser Länder über eine Zweigniederlassung. In den Vertriebsverträgen in

Dänemark, Schweden und Norwegen ist jeweils ein nicht exklusives Vertriebsrecht für das jeweilige Vertragsgebiet enthalten. Im Zusammenhang mit Massnahmen gegen Parallelexporte in die Schweiz könnte dieses auf das Vertragsgebiet beschränkte Vertriebsrecht als implizites Exportverbot qualifiziert werden. Vorliegend bestehen allerdings keine Beweise, dass Nikon gegen Parallelexporte aus diesen Ländern in die Schweiz Massnahmen ergriffen hat. Zudem liegen den Wettbewerbsbehörden keine Hinweise vor, dass aus Dänemark, Schweden und Norwegen nennenswerte Parallelimporte in die Schweiz stattgefunden haben. Deshalb sind die Vertriebsverträge in Dänemark, Schweden und Norwegen nicht Gegenstand der nachfolgenden Untersuchung.

Grossbritannien 126. Nikon Grossbritannien vertreibt Nikon Imaging Produkte nicht im selektiven, sondern im offenen Vertrieb an Gross- und Einzelhändler. Die Vertriebsverträge von Nikon Grossbritannien weisen in Ziff. 1.1.1 folgende Bestimmung auf: „The distributor shall sell throughout the United Kingdom the products mentioned in the attached Schedule [...]” 127. Der entsprechende Händlervertrag sieht somit vor, dass der Händler die Vertragsprodukte in Grossbritannien zu verkaufen hat. Damit besteht in Zusammenhang mit anderen Massnahmen zur Verhinderung von Parallelhandel (vgl. Rz 242 f. und 286) implizit eine Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG über den Ausschluss von Parallelexporten in die Schweiz. 128. Nikon macht geltend, bei dieser Bestimmung handle es sich um eine Vertriebspflicht der Händler, die Vertragsware aktiv zu vermarkten und zu vertreiben. Aus dieser Bestimmung könne nicht gefolgert werden, dass die Vertragspartner bewusst und gewollt zusammengewirkt hätten, um Verkäufe in die Schweiz zu unterbinden. Von einem impliziten Exportverbot könne keine Rede sein. Ein Exportverbot wäre z.B. durch den Einschub „solely“ oder dergleichen eingeführt worden.

22/2010/00038/COO.2101.111.4.153527 26

129. Mit der Verfügungsadressatin ist darin übereinzustimmen, dass ein explizites Exportverbot mit dem Einschub „solely“ hätte bewerkstelligt werden können. Am Vorliegen eines impliziten Exportverbots vermag dieses Vorbringen jedoch nichts zu ändern. Polen 130. Nikon Polen vertreibt Nikon Imaging Produkte ebenfalls nicht im selektiven, sondern im offenen Vertrieb an Gross- und Einzelhändler. Die Vertriebsverträge sehen in Ziff. 2.3 folgende Bestimmung vor: 131. „[...] The Purchaser shall therefore acquire the right to purchase Products from Nikon for the purpose of further resale on the Territory [Polen43].” 132. In Zusammenhang mit anderen Massnahmen zur Verhinderung von Parallelhandel werden damit auch Parallelexporte aus Polen in die Schweiz implizit mittels einer Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG ausgeschlossen (vgl. Rz 127). 133. Gemäss Nikon handelt es sich wiederum um die Gewährung eines Vertriebsrechts an die Händler im Vertragsgebiet. Es könne daraus nicht auf ein bewusstes, gewolltes Zusammenwirken, um Verkäufe in die Schweiz zu unterbinden, geschlossen werden. Von einem impliziten Exportverbot könne keine Rede sein. Zu diesem Vorbringen wird auf die zuvor gemachten Überlegungen verwiesen (Rz 127). Portugal, Spanien, Griechenland und Italien 134. In Portugal, Spanien, Griechenland und Italien verfügt Nikon über keine eigene Niederlassung, sondern hat einen Generalimporteur beauftragt, der für die Vermarktung und den Vertrieb der Nikon Imaging Produkte zuständig ist. Der Vertrag von Nikon Europe BV mit der spanischen⁴⁴ und portugiesischen Generalimporteurin ([...]), jener mit der griechischen Generalimporteurin ([...]) sowie jener mit der italienischen Generalimporteurin ([...]) enthält in Ziff. 5 folgende Bestimmung: „The Distributor shall refer to

the Agent [Nikon Europe BV] any inquiry or order for the products which the Distributor may receive from any individual, firm or corporation outside the Territory. However the distributor may sell the products directly or indirectly within any country of European community (EC), and after its entry into force the European Economic Area (EEA), but the distributor shall refrain, outside the territory and in the relation to the products, from seeking customers, from establishing any branch and from maintaining a distribution depot.”⁴⁵ 135. Mit dieser Klausel werden explizit aktive Verkäufe an Käufer ausserhalb des jeweiligen Landes sowie implizit alle aktiven und passiven Verkäufe an Käufer ausserhalb des EWR ausgeschlossen. Im Zusammenhang mit Massnahmen gegen Parallelexporte in die Schweiz kann diese Klausel daher als implizites Exportverbot in Bezug auf die Schweiz qualifiziert werden. 136. Aus der bei Nikon beschlagnahmten E-Mail Korrespondenz wird ersichtlich, dass Nikon zumindest der griechischen Generalimporteurin [...] dazu anhielt, Parallelhändler von Parallelexporten in die Schweiz abzuhalten (siehe unten Rz 283). Vor diesem Hin-

E. 43

Gemäss einleitender Definition der Vertriebsverträge.

E. 44

Für Spanien wurde kein Vertrag eingereicht, es wird aber davon ausgegangen, dass die Bestimmungen im Vertrag für Portugal auch für Spanien gelten, zumal es sich um dieselbe Generalimporteurin handelt.

E. 45

Einfügung und Hervorhebung durch die WEKO.

22/2010/00038/COO.2101.111.4.153527 27

tergrund ist die zitierte Vertragsklausel im Zusammenhang mit den Massnahmen gegen Parallelexporte aus Griechenland in die Schweiz als implizites Exportverbot zu qualifizieren. In Bezug auf Griechenland liegt damit eine Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vor, mit der passive Verkäufe in die Schweiz ausgeschlossen werden. Hingegen liegen in Bezug auf Portugal, Spanien und Italien keine Beweise für Massnahmen gegen Parallelexporte in die Schweiz vor. Darüber hinaus bestehen keine Hinweise, dass aus diesen Ländern nennenswerte Parallelimporte in die Schweiz stattgefunden haben. Deshalb sind die entsprechenden Vertriebsverträge in Portugal, Spanien und Italien nicht Gegenstand der nachfolgenden Untersuchung. 137. In Bezug auf die bei Nikon beschlagnahmte E-Mail Korrespondenz, aus der hervor geht, dass Nikon die Herkunft parallel importierter Nikon Imaging Produkte ermittelt hat, um Massnahmen gegen die involvierten Parallelhändler zu ergreifen (siehe oben Rz 136), bringt Nikon vor, es sei legitim abzuklären, über welche Kanäle das Produkt aus Griechenland in die Schweiz gelangt sei. 138. Weiter macht Nikon geltend, die Vertriebsverträge sähen vor, dass es dem Generalimporteur nicht gestattet sei, ausserhalb des jeweiligen Vertragsgebiets Kunden zu werben, eine Zweigniederlassung zu begründen oder ein Verteillager einzurichten. Vertraglich untersagt seien ausserhalb des Vertragsgebiets somit lediglich Formen des Aktivverkaufs, nicht aber Passivverkäufe. Aus der Bestimmung könne daher nicht gefolgert werden, die Vertragsparteien hätten bewusst und gewollt zusammengewirkt, um Verkäufe in die Schweiz zu unterbinden. Besondere Erwähnung verdiene der Umstand, dass der EWR zum Zeitpunkt der Vertragsredaktion noch gar nicht bestanden habe und noch nicht

klar sein konnte, dass die Schweiz nicht Teil des EWR sein werde. 139. Hierzu ist anzumerken, dass der Händler gemäss der Vertragsklausel jede Anfrage von ausserhalb des Vertragsgebiets dem Generalimporteure melden muss. Anschliessend wird klargestellt, dass der Händler innerhalb der EU und, nach seinem Inkrafttreten, innerhalb des EWR direkt oder indirekt Nikon Produkte verkaufen dürfe. Er dürfe allerdings nicht aktiv ausserhalb seines Vertragsgebiets tätig werden. Das heisst, dass der Händler passive Anfragen aus der Schweiz dem Generalimporteure zumindest melden muss. Diese Informationspflicht eröffnet Nikon die Möglichkeit, auf Exporte des Generalimporteurs Einfluss zu nehmen und dadurch ein faktisches Verbot des Passivverkaufs durchzusetzen. Eine derartige Informationspflicht vermag für sich alleine noch keine Abrede i.S.v. Art. 5 Abs. 4 KG darzustellen.⁴⁶ Allerdings geht aus der bei Nikon beschlagnahmten Korrespondenz hervor, dass Nikon über den griechischen Generalimporteure in Erfahrung gebracht hat, wer parallel in die Schweiz importierte Nikon Produkte zu welchen Preisen verkauft hat. Zudem geht aus der beschlagnahmten Korrespondenz hervor, dass gegen derartige „box movers“ Massnahmen ergriffen wurden (Rz 282). Im Übrigen kann auf die zuvor gemachten Überlegungen verwiesen werden (Rz 127 und 133). Ex-Jugoslawien 140. Der Vertrag zwischen Nikon Europe BV und dem für Ex-Jugoslawien verantwortlichen Generalimporteure ([...]) enthält in Ziff. 5 folgende Bestimmung:

E. 46

RPW 2010/1, 80 Rz 130 f., Gaba.

22/2010/00038/COO.2101.111.4.153527 28

„The Distributor shall refer to the Agent [Nikon Europe BV] any inquiry or order for the products which the Distributor may receive from any individual, firm or corporation outside the Territory [Jugoslawien].“⁴⁷ 141. Nach Ansicht der WEKO kann auch eine Informationspflicht, gemäss welcher der Generalimporteure den Hersteller über Anfragen und Bestellungen von ausserhalb des Vertragsgebiets zu informieren hat, geeignet sein, passive Verkäufe in die Schweiz auszuschliessen (siehe oben Rz 139). Dies ermöglicht dem Hersteller nämlich, passive Verkäufe an Abnehmer ausserhalb des Vertragsgebiets im Einzelfall zu untersagen. 142. Vorliegend bestehen allerdings keine Beweise, dass passive Verkäufe aus Ex-Jugoslawien in die Schweiz untersagt oder behindert wurden. Darüber hinaus liegen den Wettbewerbsbehörden keine Hinweise vor, dass aus Ex-Jugoslawien nennenswerte Parallelimporte in die Schweiz stattgefunden haben. Deshalb ist der Vertriebsvertrag in Ex-Jugoslawien nicht Gegenstand der nachfolgenden Untersuchung. USA 143. Die Händlerverträge aus den USA („Retail Dealers Sales Agreement“ und „Internet Dealer Sales Agreement“) enthalten jeweils in Ziff. 13 die folgende Bestimmung: “Customer [retail dealer, internet dealer] shall not, directly or indirectly, transmit, send or export any product or software to any foreign country (i) in violation of any of the United States export control laws or regulations, and (ii) without first obtaining the express written consent of Nikon. In no event shall customer directly or indirectly, transmit, send, or export any product outside the territory [USA].“⁴⁸ 144. Gemäss Angaben von Nikon wurden diese Händlerverträge für stationäre und Internet-Händler bereits seit 2004 bis zum heutigen Tag verwendet. Die obengenannte Bestimmung untersagt es den Händlern in jedem Fall direkt oder indirekt, Vertragswaren ausserhalb der USA zu übermitteln, zu senden oder zu exportieren. Die Verträge zwischen Nikon USA und ihren Vertragshändlern betreffend Imaging Produkte sehen somit ebenfalls nur den Verkauf in den USA vor und der Export von Nikon Imaging Produkten ist ausdrücklich unter keinen Umständen zugelassen.

Folglich werden auch Exporte von Nikon Imaging Produkten aus den USA in die Schweiz mittels einer Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG ausgeschlossen. 145. In diesem Zusammenhang bleibt darauf hinzuweisen, dass der Vertrag zwischen Nikon Inc. (USA) und einem US-amerikanischen Internethändler betreffend den Vertrieb von „Nikon Sport Optics“ über das Internet in den USA folgende Bestimmung enthält: “4. Internet dealer shall: [...] b. Sell or offer for sale Products only from the Website(s) and/or Catalog(s) and only to Internet Customers located in the Territory.” 49 146. Unter der Bezeichnung „Sport Optics“ fasst Nikon Zielfernrohre, Fernrohre, Ferngläser und Lasermessgeräte zusammen, die in der Schweiz namentlich von Jägern und Naturbeobachtern nachgefragt werden. Mit einem durchschnittlichen Jahresumsatz von ca. CHF [...] von Nikon und einem Gesamtumsatz aller Wettbewerber von ca.

E. 47

Einfügungen durch die WEKO.

E. 48

Einfügungen und Hervorhebungen durch die WEKO.

E. 49

Hervorhebung durch die WEKO.

22/2010/00038/COO.2101.111.4.153527 29

CHF [...] handelt es sich um einen im Vergleich zu Imaging Produkten kleinen Markt in der Schweiz. Zudem betrifft die angezeigte Verhaltensweise von Nikon lediglich Imaging Produkte (vgl. Rz 1 f.). Vor diesem Hintergrund und mangels zusätzlicher substantieller Anhaltspunkte für eine unzulässige Gebietsschutzabrede gemäss Art. 5 Abs. 4 KG im Bereich Sport Optics wird vorliegend nicht weiter auf diesen Markt eingegangen. Fazit 147. In Deutschland, Österreich, Slowenien und Ungarn bestehen in den Vertriebsverträgen Klauseln, wonach die Vertragswaren nicht in Länder ausserhalb des EWR exportiert werden dürfen. In den USA bestehen ebenfalls Vertragsbestimmungen, die Exporte aus den USA nicht zulassen. Bei den vorgenannten Vertragsklauseln handelt es sich um explizite Exportverbote. 148. In Grossbritannien, Griechenland und Polen bestehen keine expliziten Exportverbote, aber Vertragsbestimmungen, die im Zusammenhang mit Massnahmen gegen Parallelimporte in die Schweiz implizite Exportverbote darstellen können (siehe unten Rz 270 ff.). 149. Damit bestehen zwischen den Nikon Ländergesellschaften bzw. Nikon Europe und den Vertriebspartnern in Deutschland, Österreich, Slowenien, Ungarn, den USA, Grossbritannien, Griechenland und Polen erzwingbare Vereinbarungen gemäss Art. 4 Abs. 1 KG. 150. In den Vertriebsverträgen in Dänemark, Schweden, Norwegen, Portugal, Spanien, Italien und Ex-Jugoslawien bestehen zwar Klauseln, die im Zusammenhang mit Massnahmen gegen passive Verkäufe aus diesen Ländern in die Schweiz als implizite Exportverbote qualifiziert werden könnten. Allerdings liegen keine Beweise vor, dass Nikon in diesen Ländern derartige Massnahmen ergriffen hat. Darüber hinaus liegen den Wettbewerbsbehörden keine Hinweise vor, dass aus diesen Ländern nennenswerte Parallelimporte in die Schweiz stattgefunden haben. Folglich bilden die Vertriebsverträge in diesen Ländern nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung. 151. In Bezug auf die Länder, in denen Nikon tätig ist, die vorangehend aber nicht genannt wurden (z.B. Frankreich), bestehen zurzeit keine Anhaltspunkte für vertragliche Exportverbote, die zum Ausschluss von passiven Verkäufen in die Schweiz

führen. B.3.1.1.2. Vereinbarungen ausserhalb von Verträgen 152. Aufgrund des Vorliegens von Anhaltspunkten für die Beteiligung an einer allen- falls unzulässigen Gebietsschutzabrede nach Art. 5 Abs. 4 KG mit Nikon dehnte das Sekretariat die Untersuchung am 5. Oktober 2010 auf Digitec aus (vgl. Rz 39) und führ- te am 17. Januar 2011 eine Anhörung im Sinne von Art. 40 KG mit [...] durch (vgl. Rz 53). Im Folgenden werden die genannten Anhaltspunkte für eine Abredeteilung von Digitec und [...] dargelegt und gewürdigt. Keine Abrede mit Digitec 153. Bei Digitec handelt es sich um einen der vormals grössten Parallelimporteure von Nikon Produkten in der Schweiz. Im Rahmen der Sichtung der anlässlich der Haus- durchsuchung bei Nikon beschlagnahmten Dokumente tauchten Anhaltspunkte dafür auf, dass Digitec mit Nikon Ende 2009 vereinbarte, unter bestimmten Bedingungen auf Parallelhandel zu verzichten. Das stellt möglicherweise eine unzulässige Gebiets- schutzabrede nach Art. 5 Abs. 4 KG dar (siehe oben Rz 39).

22/2010/00038/COO.2101.111.4.153527 30

154. Das Sekretariat stützte sich für die Ausdehnung der Untersuchung auf Digitec u.a. auf folgende beschlagnahmte E-Mails, die darauf hinweisen, dass sich Digitec Ni- kon gegenüber möglicherweise dazu verpflichtet hat, auf Parallelimporte zu verzichten. a. From: [Nikon Schweiz], To: [Nikon Schweiz], Subject: [...], Sent: 06.04.2009 09:19:54, Attachments: [...] [...] b. From: [Nikon Schweiz] Sent: 29.09.2009 22:21 To: [Nikon BV] Cc: [Nikon Schweiz], [Nikon BV], [Nikon BV] Subject: AW: Grey Imports from [...] and [...] “While we have succeeded with one large grey importer / Internet trader ([...]) to supply us with freight documents / bills, we are still in negotiations with Digitec, the other large Internet player in the market. [...] supplied us with documents from German traders ([...], approx. 70 pcs D700I!!) but he did not source goods from [...] as Digitec did.” c. Von: [Nikon Schweiz] Gesendet: 16.10.2009 10:53 An: [Nikon Schweiz] Be- treff: Input Digitec „Gespräch Digitec Erwartungen an Digitec 1) Verzicht auf das Arbitrage Geschäft bei Nikon Produkten 2) Bezug von NIKON Produkten bei offiziel- len Nikon Grossisten [...]“ d. Von: [Nikon Schweiz] Gesendet: Donnerstag, 29.10.2009 15:12 An: [Di- gitec] Cc: [Digitec, Nikon Schweiz] Betreff: Angebot NIKON „Wie versprochen noch der erweiterte Input zum Thema Zusammenarbeit 1) Pilotversuch Zusammenarbeit November bis Dezember 2009 2) Direkte Zusammenarbeit > Ware wird direkt von Nikon AG ausgeliefert und Rech- nung kommt von Nikon > Direktkunden-Status und entsprechende Integra- tion bei allen lokalen Promotionen [...] Ausserdem würden wir gerne die Lagerbestände von Euch kennen und die grossen Posten von importierter Ware gegen CH-Ware tauschen (Service am Kunden).“ „AW: [...]. Dieses Angebot überzeugt uns und wir sind bereit zu diesen Be- dingungen den Umsatz zu euch zu verlagern! [...] macht dir bis Montag ei- ne Planung für November und Dezember und teilt dir gleichzeitig mit, wel- che Lagerbestände wir noch haben damit wir die Ware tauschen können. [...]“ e. Von: [Digitec] Gesendet: Freitag, 05.02.2010 17:29 An: [Nikon Schweiz] CC: [Digitec, Nikon Schweiz] Betreff: Zusammenarbeit Wichtigkeit: Hoch „Vielen Dank für Deinen Besuch heute. Um meine Position zu unterstrei- chen möchte ich nochmals folgende Punkte erwähnt haben, da Du uns noch keine Lösung für die extrem akuten Probleme präsentieren konntest. Im Schnitt haben wir beim Brand Nikon in den ersten drei Monaten unserer Zusammenarbeit einen Umsatzrückgang von ca. 45 % verzeichnet, obwohl wir bei allen anderen Brands massiv zulegen konnten. Dieser Rückgang ist zum grossen Teil auf den Verzicht von Import (als commitment zu Nikon AG) zurückzuführen. Also reiner Goodwill von unserer Seite => Ich

habe an die Zukunft geglaubt und diesen strategischen Entscheid gefällt um den Aufbau eines partnerschaftlichen Verhältnisses zu fördern. Es gibt kein ein- ziger Partner in der Schweiz, welchem wir ein solches Entgegenkommen in

22/2010/00038/COO.2101.111.4.153527 31

Form von Importverzicht (ja ich weiss jeder soll und darf importieren...) je geleistet haben. Im Gegenzug wird dank der Seriennummerngeschichte von einigen Lieferanten der Name Digitec mit „Verräter" gleichgesetzt (auf die Frage warum Seitens Nikon beim „drangsalieren" der Lieferanten immer Digitec erwähnt worden ist, haben wir noch immer keine Antwort - viele Lie- feranten kannten uns vorher nämlich noch gar nicht). [...] Ein Aussenste- hender würde uns auch bei mangelnden Kenntnissen der Details für ver- rückt erklären, dass wir noch Hoffnung in eine goldige Zukunft mit Nikon Schweiz hegen. Doch wir (womit im jetzigen Zeitpunkt eigentlich nur noch ich gemeint bin) haben diese Hoffnung noch. Es sollten die offenen Punkte aber bis Freitag nächster Woche geklärt werden. Ich kann es einfach auch nicht verstehen, dass ihr keine schnelle und unbürokratische Lösung bei den kritischen Produkten herbeiführen wollt. Ihr könnt ja nur gewinnen. Der Umsatz der über das Internet läuft, läuft ohnehin über diesen Kanal. Die Frage ist nur, ob die Ware von Nikon Schweiz kommt oder eben nicht. Wenn ihr auf diesen Umsatz verzichten wollt und/oder könnt, ist das eure Entscheidung. Wir jedenfalls wollen das nicht länger tun. Macht uns doch Preise mit welchen wir in „unserem" Kanal mit Nikon Produkten kompetitiv sein können. Mit Digitec an Bord führt das innert kürzester Zeit zu einer au- tomatischen Bereinigung des Kanals und ihr könnt ein für allemal mit Test- käufen und seriennummernnotieren aufhören (dieser Aufwand in Verbin- dung mit dem Tracking ist ja auch nicht zu unterschätzen) ;-). Die Angebote sind auf dem Tisch und es tut mir in der Seele weh, wenn ich sehe was wir hier verspielt haben...Ich denke aus diesem Mail geht klar hervor, dass ich mit dem Rücken zur Wand stehe und innert kürzester Zeit eine Sofortlö- sung brauche.“ f. Von: [Nikon Schweiz] Gesendet: 23.02.2009 15:12 An: [Digitec] Cc: [Di- gitec, Nikon Schweiz] Betreff: Zukünftige Zusammenarbeit „Grundvoraussetzung für eine direkte Zusammenarbeit und die Konditionen ist, dass Digitec sämtliche Nikon Produkte auch bei NIKON AG Schweiz oder bei einem unserer „offiziellen" Distributionspartner bezieht und als Vollsortimentanbieter auftritt.“ AW: „Für das Angebot der direkten Zusammenarbeit und die damit verbun- denen Konditionen danke ich Ihnen. Herr [...] und ich haben kräftig gerech- net und sehen einer Zusammenarbeit grundsätzlich positiv entgegen. Aller- dings müssten wir ein paar Details noch klären: [...] Objektive: Hier haben wir wirklich sehr grosse Differenzen. Im Minimum betragen die Differenzen knapp 10 %, die Regel sind ca. 12–15 % und im Extremfall sind es über 40 %! Alles immer bei Modellen, die wir auch mehrere Male im Monat ver- kaufen. Da wir selbst mit den alles eingerechneten EPs von Nikon keine Chance haben, die aktuellen Marktpreise nur ansatzweise mit zu machen, denken wir, dass wir hier bei geringerer Marge (+0) erst noch wesentlich weniger Umsatz machen könnten. Diese Einschränkung können wir so kaum hinnehmen. Ich hätte zur Lösung allerdings folgende Idee: Wäre es möglich bei den ca. 10 wichtigsten Objektiven jeweils eine Planung zu ma- chen mit Möglichkeit zu Specialbits. Die Mengen würden sich jeweils ab ca. 30–50 Stück bewegen. Die zusätzlichen Rabatte müssten sich dafür zwi- schen 5–10 % bewegen. Es geht uns wie gesagt hier nicht darum das US- Pricing zu verlangen, aber wir können schlecht damit leben, dass wir bei den Objektiven plötzlich abgeschlagen sind, insbesondere da wir hier für dieses Jahr doch ein Wachstum sehen. Mit einer Option in diese Richtung wären wir bereit unseren Umsatz

wirklich komplett in die Schweiz zu.“

22/2010/00038/COO.2101.111.4.153527 32

AW/AW: „[...] Was gibt es zur Zeit für Angebote von internationalen Tra- dern (interessant wäre der Unterschied Amerika / Asien / Europa)? [...]“ AW/AW/AW: „[...] Wir möchten zum aktuellen Zeitpunkt ungern genaueres über die Angebote und die Herkunft der Objektive sagen. Bei einer Zu- sammenarbeit sind wir aber gerne bereit die konkreten Angebote offen zu legen. Sie können mir aber glauben, dass die Angaben unten von „knapp 10 %“ bis „über 40 %“ stimmen. [...]“ AW/AW/AW/AW: [...] „Ihre Antwort bezüglich den Angeboten kann ich gut verstehen. Damit wir bei einer allfälligen Zusammenarbeit jedoch ein Ar- gument haben, wäre es sicher gut, wenn zu gegebener Zeit die Offerten of- fen gelegt würden.“ 155. Die bei Nikon beschlagnahmte E-Mail Korrespondenz lässt vordergründig darauf schliessen, dass Digitec unter der Bedingung ins offizielle Vertriebssystem von Nikon aufgenommen wurde, dass auf Parallelimporte verzichtet wurde, was eine unzulässige Gebietsschutzabrede nach Art. 5 Abs. 4 KG darstellen kann. Das Sekretariat hat diver- sen Händlern von Nikon Produkten in der Schweiz und im Ausland einen Fragebogen zukommen lassen, in dem sie unter anderem zu ihren Parallelhandelstätigkeiten be- fragt wurden. Digitec hat die entsprechenden Antworten eingereicht, nachdem die Un- tersuchung auf sie ausgedehnt worden war. 156. Digitec hat im Zusammenhang mit dem Rückgang der Parallelhandelstätigkeiten Ende 2009 Folgendes geltend gemacht: „Nikon hat uns im Rahmen der Verhandlungen Ende 2009 signalisiert, dass es nicht in ihrem Sinne ist, dass Digitec, sollte es zu einer direkten Partner- schaft kommen, weiterhin Ware importiert oder bei inoffiziellen Lieferanten einkauft. Unter anderem deshalb, weil Nikon in einer direkten Partnerschaft den Partner als „offiziellen“ Nikon Händler ausweist und die erweiterten Ga- rantieleistungen gewährt. Wir haben Nikon daraufhin mitgeteilt, dass eine komplette Verlagerung des Einkaufs nur in Frage kommt, wenn die Rah- menbedingungen entsprechend stimmen. Über diese Rahmenvereinbarun- gen haben wir, [...] verhandelt und schliesslich eine Einigung gefunden, so dass es für uns gepasst hat. [...]. Würde sich eine Preisdifferenz oder an- dere Nachteile ergeben, würde Digitec nicht zögern und wieder im Ausland oder bei inoffiziellen Quellen einkaufen. Es gab zu keinem Zeitpunkt An- drohung von Konsequenzen, sollte Digitec trotz der Partnerschaft Importe tätigen. Es wurden auch keine Lieferanten speziell erwähnt, bei denen Di- gitec nicht einkaufen sollte.“ 50 157. Zum Vorwurf, dass möglicherweise eine unzulässige Gebietsschutzabrede zwi- schen Nikon und Digitec vorliege, hat Letztere folgendermassen Stellung genommen: „Nikon hat sich dahingehend geäussert, dass sie nur an einer Zusammen- arbeit interessiert sind, wenn wir das gesamte Volumen bei Nikon CH ein- kaufen und es gab auch die Äusserung, dass Nikon von uns eine Zusiche- rung diesbezüglich erwartet. Daraufhin haben wir Nikon signalisiert, dass sich durch Konditionen, welche besser sind als im Ausland, automatisch eine Verlagerung des Einkaufsvolumens vom Ausland in die Schweiz erge- ben wird. Entscheidend ist aber, dass niemals in irgendeiner Form Bedin- gungen existierten und auch keine Konsequenzen angedroht wurden sei-

E. 50

pieces. We sourced one camera, the serial number is 6011280 and it is from Poland. We can easily source more, but at your expenses. We take serious actions to improve your and our retailer's profitability by controlling our street prices as much as possible.⁹⁴ But when a Nikon family member is shooting in your back, it is not that easy.”

273. Nikon macht diesbezüglich geltend, Nikon [...] habe die D5000 unterhalb des konzerninternen Mindesthändlerpreises verkauft, weshalb sich Nikon Schweiz über die Herkunft erkundigt und sich anschliessend bei Nikon [...] über den Verstoß gegen die konzerninternen Preisvorgaben beklagt habe. Wie bereits erwähnt (Rz 269), rechtfertigen derartige konzerninterne Mindesthändlerpreise keine Massnahmen gegen konzernunabhängige Parallelexporteure. b. From: [...] To: [...]; [...], Cc: [...]; [...]; [...], [...] Sent: July 03, 2009 5:13 PM, Subject: AW: NIKON PL REPORT ON GREY STOCK OF D5000 FROM POLAND AT [...] "Please find attached all 122 D5000 serial numbers of our purchase from [...]. All serial numbers are from Poland, so there must be a source for bulk purchases in your country, despite your explanations."

94 Hervorhebung durch die WEKO.

22/2010/00038/COO.2101.111.4.153527 58

RE: "We investigated roughly this case. As we expected there is no one dealer which supplied directly wholesale in Germany and [...] in Switzerland (please look into enclosed table). About second shipment of 55 pcs to German wholesale, we can imagine that supply chain could be as follows: NIKON PL > [...] (NIKON' official local dealer) > [...] (non NIKON's dealer, middle size retail chain + internet shop) > [...] > [...]. Unfortunately [...] refused [...] to provide him with his business partner. In reaction [...] has stopped sales to [...]. Nevertheless: 1. It is likely the same reason and the same mechanism occurred as I presented in my previous report. 2. We have just introduced complex of countermeasures against grey. Unfortunately some stock purchased from NIKON Polska at old trade terms by July 1th could be found in Europe in next 1-2 months. Sorry. But just introduced countermeasures will lead to grey elimination however it is not possible in 100% what we are facing in Poland now."95

274. Gemäss Nikon sei die deutsche [...] nicht zum selektiven Vertrieb in Deutschland zugelassen, weshalb der Warenfluss gegen den deutschen Selektivvertrieb verstossen habe. Daher sei es absolut legitim, dass Nikon Polen sämtliche Weiterverkäufe an [...] in Deutschland unterbunden habe. 275. Dieses Argument scheint aus folgenden Gründen vorgeschobener Natur zu sein: Zunächst ist festzuhalten, dass zum Zeitpunkt, als [Geschäftsleitungsmitglied] der Imaging Division von Nikon Schweiz die E-Mail geschrieben hat, in der Schweiz noch kein selektives Vertriebssystem implementiert war. Vor diesem Hintergrund ist es unplausibel, dass die E-Mail Korrespondenz lediglich auf die Tatsache zurückzuführen sein soll, dass ein in Deutschland angeblich nicht zugelassener Händler Ware an den Schweizer Händler [...] geliefert hatte. Vielmehr ergibt sich aus dem Zusammenhang, dass die Parallelimporte Nikon Schweiz unabhängig von der Art des Vertriebssystems im Ausland ein Dorn im Auge waren. Dies suggerieren auch die Aussagen in obiger E-Mail Korrespondenz, gemäss welcher die Lieferungen an [...] – selbst nicht offizieller Nikon Händler – eingestellt worden sind, weil dieser seine Geschäftspartner nicht offenlegen wollte. Wäre es lediglich um das Kriterium ihrer Zulassung gegangen, hätte [...] von [...] (offizieller Nikon Händler in Deutschland) erst gar nicht beliefert werden dürfen. Im Rahmen eines selektiven Vertriebssystems darf den zugelassenen Händlern nämlich untersagt werden, die Vertragsprodukte an nicht zum Vertrieb zugelassene Händler im In- und Ausland zu vertreiben (vgl. unten Rz 312). 276. Die nachfolgende E-Mail zeigt, dass Lieferungen von europäischen Grosshändlern an Händler in der Schweiz für Nikon ein Problem darstellten und verhindert werden sollten. From: [Nikon Schweiz] To: [Nikon Deutschland] CC: 1. [Nikon Schweiz] 2. [Nikon

Deutschland] 3. [Nikon Europe BV] Subject: S210 from [...] to [...] Sent: 08.01.2009 20:20:28 Attachments: image001.jpg "We discovered some S210 at a [...] near Zurich that were supplied by [...] (please check the serial number in the e-mail below). I think this is a serious issue. If [...] starts to purchase Nikon merchandise from wholesaler all over Europe, we are all in deep trouble. Let's cross our fingers that this will stay a single case. Please do your outmost and stop [...] to do such things, especially with a camera which is in a backorder situation since months."96

95 Hervorhebung durch die WEKO. 96 Hervorhebung durch die WEKO.

22/2010/00038/COO.2101.111.4.153527 59

277. Nikon behauptet, dass die Verkäufe von [...] in die Schweiz in den auf diese E-Mail folgenden Monaten stark zugenommen haben, was belege, dass Nikon Deutschland die Aufforderung von Nikon Schweiz ignoriert habe. Weiter habe in Bezug auf diese spezifische Kamera eine sog. „Backorder Situation“ bestanden. Dies bedeute, dass Nikon Schweiz zu diesem Zeitpunkt selber nicht in der Lage gewesen sei, die Kamera an die Händler zu liefern, so dass sich Lieferungen aus dem Ausland umso gravieren-der auf die Reputation von Nikon Schweiz ausgewirkt hätten. 278. Hiergegen ist Folgendes einzuwenden: Die E-Mail zeigt, dass Nikon Schweiz Ni- kon Deutschland aufgefordert hat, gegen Verkäufe von deutschen Grosshändlern an Händler in der Schweiz vorzugehen. Zudem kann allein aus dem Umstand, dass die Verkäufe des abgemahnten Parallelhändlers in der Folge zu- und nicht abnahmen nicht geschlossen werden, dass die Abmahnung keine Wirkung hatte. Es ist nämlich genau so gut denkbar, dass ohne Abmahnung noch mehr parallel in die Schweiz ex- portiert worden wäre. Schliesslich kann eine „Backorder Situation“ nicht als Rechtferti- gung dienen, im Ausland gegen Parallelexporteure vorzugehen. Ein solches Verhalten schränkt die Angebotsvielfalt im Schweizer Handel (temporär) künstlich ein und redu- ziert somit die Konsumentenwohlfahrt (Rz 514). 279. Die nachfolgende E-Mail zeigt, dass Nikon Schweiz nicht nur bei aktiven Verkäu- fen von ausländischen Nikon Händlern in die Schweiz intervenierte, sondern auch dann, wenn schweizerische Händler im Ausland Nikon Ware suchten. Folglich wurden sowohl aktive als auch passive Verkäufe in die Schweiz blockiert. From: [Nikon Schweiz] To: [Nikon Schweiz], Sent: 17.02.2009 14:31:38, Subject: [...] D90 „Soeben hat mich Deutschland informiert, dass [...] wie wahnsinnig D90 auf dem deutschen Markt sucht. GmbH wird die Lieferungen blockieren.“

280. Die nachfolgenden Dokumente zeigen des Weiteren, dass Nikon Schweiz nicht mehr mit Händlern zusammenarbeitete, die Parallelhandel betrieben (a.) und in sol- chen Fällen eine Vertragsauflösung erwog (b.). a. Semiannual Report, April – September 2008 "On the other hand the revenue of our distributors decreased by 8%. Main reason for this is that we stopped business with [...] for the last 6 months due to export/import problems." 97

b. Von: [Nikon Schweiz] Gesendet: Montag, 20. April 2009 09:13 An: [Nikon Deutschland] Cc: [Nikon Schweiz]; [Nikon Deutschland]; Betreff: D5000 Grauimportangebote von [...] in die Schweiz (siehe oben Rz 259) „[...] bietet die D5000 in einer Variante mit dem non-VR 18-55mm an. Die- se Variante wird von uns in der Schweiz nicht verkauft, daher ist es sehr einfach nachzuvollziehen, dass es sich bei einer Lieferung dann um deut- sche Ware handeln wird. [...] Darf ich Euch bitten zu schauen, dass [...] und / oder andere Palettenschieber keine Ware in die Schweiz liefern wer- den und alle Angebote auf Schweizer Plattformen per sofort zurückziehen! Wie bereits mehrfach

angesprochen, möchten wir die Verträge mit [...] auf- lösen. Wir können dies per Ende eines Monats mit einer Kündigungsfrist

97 Hervorhebung durch die WEKO.

22/2010/00038/COO.2101.111.4.153527 60

von drei Monaten machen. Idealerweise sollte dies gemeinsam mit der GmbH geschehen. Besten Dank für die entsprechenden Informationen.“ 98

281. Nikon verweist in diesem Zusammenhang auf den „Semiannual Report, April – September 2008“, in dem Nikon Schweiz ausführte, „due to export/import problems“ im Jahr 2008 keine Geschäfte mit [...] getätigt zu haben. Nikon macht in diesem Zusammenhang geltend, Nikon Schweiz habe weniger Produkte an [...] verkauft, weil diese im Vorfeld regelmässig viel zu viele – wohl für den Export bestimmte – Produkte bei Nikon Schweiz einkaufte, diese dann aber weder in der Schweiz noch anderswo verkaufen konnte. Nikon Schweiz habe schliesslich grosse Lagerbestände an veralteten Produkten wieder zurücknehmen müssen. 282. Damit lassen sich zwar die „export problems“, aber nicht die ebenfalls erwähnten „import problems“ erklären, die Nikon Schweiz mit [...] Liechtenstein offenbar hatte. Wie aus einer bei Nikon beschlagnahmten E-Mail hervorgeht, hat Nikon den Vertrag mit [...] aufgrund von deren Parallelhandelstätigkeiten aufgelöst. 283. Die nachfolgende E-Mail zeigt, dass Nikon bei einem Parallelhändler in der Schweiz Testkäufe machte und anhand der Seriennummer feststellen konnte, dass die Produkte von Nikon Europe BV an den griechischen Generalimporteur geliefert worden waren. Nikon Schweiz verweist darauf, dass die Preise, die der Parallelhändler ([...]) in der Schweiz verlangte, weit unter der europäischen Preiskoordination gelegen hätten, was ein ernsthaftes Problem dargestellt habe. Der E-Mail ist weiter zu entnehmen, dass in Zusammenarbeit mit dem griechischen Generalimporteur herausgefunden werden sollte, auf welchem Weg die Ware in die Schweiz kam, um die nötigen Massnahmen gegen die involvierten „Box Movers“⁹⁹ zu ergreifen. Von: [Nikon Schweiz] Gesendet: Dienstag, 14. Juli 2009 15:08 An: [Nikon Europe BV] Cc: [Nikon Schweiz]; [Nikon BV]; [Nikon Schweiz] Betreff: D300 grey from [...] “[...], the largest Swiss Internet dealer (with 3 Shops!), advertised in a Sunday newspapers the D300 for CHF 1799.- (Euro 1'175.-) and the AF-S 70- 200mm for CHF 2'169.- (Euro 1'417.-). A test purchase (D300) identified the serial number 4169609, supplied from BV to [...] end of May. Even considering EOL activities, both prices are far away from European price coordination and caused us serious troubles. Some retailers informed us that they will ship back their entire D300 stock and cancel all open orders. We had to pay compensation money. Total costs for this operation are estimated at Euro 30k. Considering the high costs for advertising in Sunday newspapers, the stock level at [...] is estimated at >30pcs for D300 and >15pcs for the AF-S 70-200mm. Please check with [...] which way the merchandise took (for which prices) and how many pieces might be involved. Please kindly report to us ASAP, as we need to control the involved box movers and take necessary actions.”¹⁰⁰

284. Nikon macht geltend, in diesem Fall seien Lieferungen von D300 Kameras aus Griechenland in die Schweiz gelangt, die von Nikon unter dem Mindesthändlerpreis nach Griechenland verkauft worden seien. Dies habe dazu geführt, dass Händler in der Schweiz ihre Erwartungen an ihre eigene Marge nicht erfüllen konnten und gegenüber

98 Hervorhebung durch die WEKO. 99 Siehe oben Rz 88. 100 Hervorhebung durch die WEKO.

22/2010/00038/COO.2101.111.4.153527 61

von Nikon Schweiz Kompensationszahlungen für Margenverluste forderten. Die Händler hätten Nikon Schweiz gedroht, sämtliche Bestellungen von D300 Kameras zu annullieren und vorhandene Lagerware der D300 an Nikon Schweiz zurückzuschicken. Nikon Schweiz sei aufgrund des internationalen Drucks der Händler gezwungen gewesen, solche Zahlungen im Umfang von CHF 30'000 an Händler zu leisten. Nikon Schweiz habe die Nikon-Europazentrale daher aufgefordert dafür zu sorgen, dass keine Imaging Produkte unter dem Mindesthändlerpreis an den griechischen Generalimporteure verkauft würden. 285. Wie bereits mehrmals erwähnt (Rz 269 und 273), rechtfertigt die angeblich konzerninterne Problematik betreffend den Verkauf unter Mindestverkaufspreisen keine Massnahmen gegenüber den von Nikon unabhängigen Händlern, welche die D300 in die Schweiz verkauft haben („we need to control the involved box movers and take necessary actions“; Rz 283). Vielmehr greift in diesem Fall die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs i.S.v. Art. 5 Abs. 4 KG, weil dadurch – zusammen mit dem vertraglichen Exportverbot in Griechenland (Rz 134) – Verkäufe in die Schweiz durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen wurden. 286. Die nachfolgende E-Mail zeigt, dass Nikon Schweiz bereits im Jahr 2008 mit den ausländischen Nikon Ländergesellschaften Kontakt aufnahm, damit diese Parallelexporte in das Vertragsgebiet von Nikon Schweiz verhinderten. From: [Nikon Schweiz] To: [Nikon Schweiz] Subject: Probleme mit Grauimporten > Nikon D300 Cash-Back Promotion > [...] Sent: 27.05.2008 09:04:34 Attachment @ “Ich möchte Sie gerne informieren, dass wir (... obwohl die Promotion noch nicht voll durchgestartet ist) bereits gravierende Probleme mit Käufern haben, die eine Nikon D300 bei Wahl Trading gekauft haben (... und die natürlich nicht von Nikon AG ausgeliefert wurden). Alle bisher aufgetauchten und von Wahl Trading verkauften Nikon D300 stammen ursprünglich von [...] in London / UK. Könnten Sie bitte bei Gelegenheit mit [Mitarbeiter von Nikon UK] darüber sprechen. Besten Dank.” 101

287. Nikon macht hierzu geltend, es habe sich um eine interne Besprechung darüber gehandelt, wie über die Händlerverkaufspreise von Nikon Grossbritannien der Anreiz der englischen Händler verkleinert werden konnte, Exporte ins Ausland zu tätigen. Aus der E-Mail gehe aber nicht hervor, ob es sich um aktive oder passive Verkäufe gehandelt habe. Aus diesem Argument kann Nikon nichts zu ihren Gunsten ableiten. 288. Die nachfolgende E-Mail stammt zwar aus der Zeit kurz nach der Einführung des Selektivvertriebs in der Schweiz, ist allerdings dennoch geeignet, zu zeigen, was Nikon unter dem alten Grossistenvertrag für ein System aufgebaut hat, um Parallelexporte in die Schweiz zu verhindern. Insbesondere geht deutlich daraus hervor, dass Nikon die Parallelexporteure identifiziert hat, um die entsprechenden Nikon Ländergesellschaften bei der Verhinderung von Parallelexporten in die Schweiz beiziehen zu können. Von: [Nikon Deutschland] Gesendet: Mittwoch, 14. Oktober 2009 07:23 An: [Nikon Schweiz] Cc: [Nikon Schweiz]; [Nikon Deutschland] Betreff: AW: Parallel imports from Germany > updated list > documents „I will come back to our issue of deliveries from Germany to the Swiss. First of all thank you very much for providing us the clear information about the

101 Hervorhebung durch die WEKO.

22/2010/00038/COO.2101.111.4.153527 62

dealers which are acting into the cross border activities. I will refer to your list and as we can see, three dealers have continuously sold to your country. [...]: Since this customer

already was outed and still ignore our Policy we drove down all kind of activities. This means, we are not offering any promotion or special price to them, only standard pricing. Of course this will be and should be in line with the current law to avoid a caught case. Beginning of the new business term 147Ki we will do not offer a new contract to this customer and stop the relationship. [...]: [...] do not direct sold to Switzerland. The goods were delivered to the central warehouse at Frankfurt and then they sold to a member. We are still waiting for their feedback to whom this goods were sold. As far as we will get the information we will keep you updated. [...]: [...] is specialized IT distributor where we have a good relationship until now. We told them the whole story and what damage we have had by this company. He understood, excused this mistake and promise not to do and take care in the future. All other named dealers we already have or we will contact and make the situation / our policy clear.”¹⁰²

289. Nikon macht hierzu geltend, Nikon habe davon ausgehen müssen, dass [...] und [...] in Deutschland aktiv Nikon Imaging Produkte in die Schweiz verkauft hatten bzw. nach Einführung des Selektivvertriebs in der Schweiz per 1. September 2009 nicht unterschieden hätten, ob es sich bei den Abnehmern in der Schweiz um zugelassene oder nicht zugelassene Händler gehandelt habe. Es gehe aus den Untersuchungsakten hervor, dass z.B. [...] aktiv Angebote an Händler in der Schweiz verschickt habe. In Bezug auf [...] habe Nikon Deutschland keine Informationen darüber erhalten, wie die Verkäufe in die Schweiz erfolgt waren. 290. Fest steht, dass es in der fraglichen E-Mail um Verkäufe aus Deutschland in die Schweiz ging und um Massnahmen gegen die entsprechenden Händler in Deutschland. Im Zusammenhang mit den deutschen Vertriebsverträgen, in denen sich der Händler verpflichtet, Nikon Produkte nicht ausserhalb des EWR zu verkaufen (Rz 119), wird klar, dass sowohl aktive als auch passive Verkäufe aus Deutschland in die Schweiz gestoppt werden sollten. Fazit 291. Die erwähnten Auszüge aus den bei Nikon beschlagnahmten Dokumenten und E-Mails zeigen deutlich, dass die vertraglichen Bezugsbeschränkungen und die vertraglichen Exportverbote umgesetzt wurden. Der Vollständigkeit halber sei an dieser Stelle nochmals darauf hingewiesen, dass es sich bei den oben zitierten E-Mails lediglich um Auszüge aus dem Beweismaterial handelt, das die Wettbewerbsbehörden anlässlich der Hausdurchsuchung bei Nikon beschlagnahmt haben. B.3.2.1.4.2. Einführung „Swiss Garantie“ System der „Swiss Garantie“ 292. Per 1. September 2009 führte Nikon Schweiz das Programm „Nikon Swiss Garantie“ (nachfolgend: „Swiss Garantie“) ein. Dabei handelt es sich um eine Garantieverlängerung von Nikon Schweiz.¹⁰³ Die einjährige „Nikon European Service Warranty“

102 Hervorhebung durch die WEKO. 103 „Nikon Swiss Garantie“ wird von Nikon Schweiz finanziert. Die Einführungskosten der „Swiss Garantie“ beliefen sich gemäss Nikon auf ca. CHF [...] bis [...], jene für die Einführung des „Lo-

22/2010/00038/COO.2101.111.4.153527 63

bzw. die einjährige „Nikon Worldwide Service Warranty“ verlängert sich dadurch je nach Produkt von einem Jahr auf zwei oder drei Jahre. Nikon Kameras profitieren nach der Verlängerung von einer insgesamt zweijährigen und Nikon Objektive und Blitzgeräte von einer insgesamt dreijährigen Garantieperiode. 293. Seit Einführung des Programms im September 2009 sind sämtliche von Nikon vertriebenen Nikon Imaging Produkte mit einem „Swiss Garantie“-Aufkleber versehen. Um von dieser Garantieverlängerung zu profitieren, muss der Endkunde das Produkt innert 90 Tagen auf der Website von Nikon registrieren. Er muss dazu den Code auf dem „Swiss Garantie“-Aufkleber (z.B. CH KIT XXXXXXXX)

angeben und diverse Pflichtfelder ausfüllen. Neben Namen und Adresse des Kunden verlangt Nikon auch das Kaufdatum und den Händler, bei dem das Nikon Produkt gekauft wurde. 294. Darüber hinaus musste der Kunde in der Einführungsphase die Seriennummer des Produkts registrieren, um die erweiterte Garantie in Anspruch nehmen zu können. Die zwingende Angabe der Seriennummer wird von Nikon damit begründet, dass für Produkte, die ab dem 1. Januar 2009 gekauft worden waren, eine rückwirkende Registrierung („Swiss Garantie“ wurde erst per 1. September 2009 eingeführt) zugelassen wurde. Die Produkte, die zwischen dem 1. Januar 2009 und dem 1. September 2009 verkauft worden seien, hätten über keine Aufkleber mit „Swiss Garantie“-Code verfügt. Erst die Registrierung der Seriennummer durch den Endkunden habe es Nikon ermöglicht zu prüfen, ob es sich um ein von Nikon Schweiz verkauftes Produkt gehandelt habe. 295. Für parallel in die Schweiz importierte Nikon Produkte kann die Garantieverlängerung „Swiss Garantie“ nämlich nicht in Anspruch genommen werden. Nikon macht in diesem Zusammenhang geltend, der Code auf dem „Swiss Garantie“-Aufkleber diene nicht der Nachverfolgung der Herkunft des entsprechenden Nikon Produkts, sondern stelle nur sicher, dass es sich um ein durch Nikon Schweiz vertriebenes Nikon Produkt handle. 296. Ergänzend wird darauf hingewiesen, dass seit dem 1. März 2010 laut Angaben von Nikon grundsätzlich nur noch Kameras mit einem „Swiss Garantie Code“ registriert werden können. Seit diesem Zeitpunkt sei die Eingabe der Seriennummer des Geräts nicht mehr erforderlich, um das Produkt für die „Swiss Garantie“ zu registrieren. Seit Ende 2009 seien praktisch keine Nikon Produkte mehr anhand der Seriennummer registriert worden. Falls der Endverbraucher bei der Registration neben dem „Swiss Garantie Code“ auch noch die Seriennummer angebe, prüfe Nikon Schweiz die Seriennummer nicht. Nur in denjenigen Fällen, in denen ein Endverbraucher ein Gerät nur anhand der Seriennummer registrieren möchte und über keinen „Swiss Garantie Code“ verfüge, prüfe Nikon Schweiz, ob sie das Gerät selbst verkauft habe. Zweck der „Swiss Garantie“ 297. Nach dem Zweck der „Swiss Garantie“ gefragt, hat Nikon geantwortet, es handle sich in erster Linie um ein Mittel zur Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit gegenüber konkurrierenden Lieferanten von Nikon Imaging Produkten in der Schweiz, d.h. gegenüber Parallelimporteuren (Intrabrand-Wettbewerb). Als weiteres Ziel wurde die Stärkung der Konkurrenzfähigkeit von Nikon Imaging Produkten gegenüber Produkten anderer Hersteller (Interbrand-Wettbewerb) genannt. Schliesslich wurde darauf verwiesen, dass mit der „Swiss Garantie“ ein [...] werden soll, damit [...].

yalty Management“ Programms (Rz 297) auf ca. CHF [...] bis [...]. Die laufenden Kosten für „Swiss Garantie“ würden CHF [...] bis [...] betragen.

22/2010/00038/COO.2101.111.4.153527 64

298. Es ist durchaus denkbar, dass ein Marketinginstrument wie die „Swiss Garantie“ aus Sicht von Nikon ein wirksames Mittel zur Steigerung der eigenen Wettbewerbsfähigkeit gegenüber dem Importkanal darstellt und somit als Ausdruck von Leistungswettbewerb interpretiert werden kann. Damit hat der Schweizer Kunde zumindest theoretisch die Wahl zwischen billigeren importierten Produkten ohne erweiterte Garantie und (falls verfügbar) teureren Produkten mit erweiterter Garantie. 299. Offenbar zieht der Schweizer Konsument die teurere Variante mit erweiterter Garantie vor: Laut Angaben der befragten Händler würden die Schweizer Endkunden grossen Wert auf Garantieverlängerung legen, weshalb etliche Händler parallel importierte Produkte, auf denen die „Swiss Garantie“ nicht gewährt werde, nicht im Angebot hätten. Dass die „Swiss Garantie“ aus Sicht der Händler

tatsächlich ein Argument gegen Parallelimporte darstellt, wird auch von Seiten von Nikon bestätigt, indem im Rahmen einer [...]. Gegen einen Rückgang von parallel importierten Produkten mangels Nachfrage der Schweizer Kunden für ein Produkt mit einer kürzeren Garantiedauer ist aus wettbewerbsrechtlicher Sicht nichts einzuwenden. 300. Allerdings kann die „Swiss Garantie“ auch ein wirksames Instrument zur Identifikation der Herkunft jener Nikon Produkte darstellen, die nicht über Nikon Schweiz auf den Schweizer Markt gekommen sind. Dies wiederum eröffnet Nikon die Möglichkeit, Massnahmen gegen die entsprechenden ausländischen Bezugsquellen zu ergreifen. 301. Aus der bei Nikon beschlagnahmten E-Mail Korrespondenz geht deutlich hervor, dass Nikon die „Swiss Garantie“ u.a. dazu benutzte, um die Herkunft parallel importierter Nikon Ware ausfindig zu machen. Um dies zu illustrieren, werden im Folgenden einzelne Auszüge aus diesen E-Mails abgedruckt. 302. Die nachfolgende E-Mail zeigt, dass Nikon sich bereit erklärte, parallel importierte Nikon Produkte zur „Swiss Garantie“ zuzulassen, falls der Parallelimporteur seinen Lieferanten, d.h. den Parallelexporteur, preisgibt: From: [Nikon Schweiz] To: [Händler] CC: [Nikon Schweiz] Subject: [...] Sent: 23.10.2009 08:26:27 [...] 303. Für die Zulassung zur „Swiss Garantie“ sollte es nur darauf ankommen, dass das Produkt nicht parallel importiert ist (siehe oben Rz 130). Mit anderen Worten muss Nikon Schweiz einzig feststellen können, ob sie das Produkt importiert hat oder nicht. Die Identifikation des Parallelexporteurs spielt für die „Swiss Garantie“ keine Rolle. Möglicherweise hat Nikon die Namen der Parallelexporteur ermittelt, um sie an die jeweiligen Nikon Ländergesellschaften weiterzugeben, damit diese wiederum die Parallelexporteur unter Druckausübung dazu anhalten konnten, derartige Lieferungen in die Schweiz in Zukunft zu unterlassen (siehe oben Rz 270). 304. Nikon bestreitet dieses Vorgehen und erklärt, dass anhand der Kaufunterlagen des Händlers [...] geprüft worden sei, ob es sich bei den Verkäufen im Ausland um nicht-zugelassene Händler aus einem Selektivvertriebsgebiet gehandelt habe (z.B. mit Bezug auf Ware aus Deutschland und Österreich) und ob es sich allenfalls um gefälschte oder gestohlene Ware gehandelt habe. 305. Dass Nikon aufgrund der Registrierungen für die „Swiss Garantie“ die Quelle von Parallelimporten ausfindig gemacht hat, geht auch aus den nachfolgenden E-Mails deutlich hervor. a. From: [Nikon Schweiz] To: [Nikon Schweiz] CC: [Nikon Schweiz] Subject: [...] Sent: 03.09.2009 11:31:39 Attachments: [...]

22/2010/00038/COO.2101.111.4.153527 65

[...]

306. Die Tabelle in der Beilage zu dieser E-Mail enthält [200-300] Nikon Produkte, die im Jahr 2009 parallel in die Schweiz importiert wurden. [...] Bei jenen Artikeln, [...] b. From: [Nikon Schweiz] To: [Nikon UK] Cc: [Nikon UK] Sent: Tue Oct 13 09:26:08 2009 Subject: [...] / [...] [...]

307. Nikon hält hierzu fest, Nikon Schweiz habe in der Tat den Warenfluss von importierten Produkten zurückverfolgt und dies aus guten und legitimen Gründen (Identifikation der Nikon Ländergesellschaft, die unter dem konzerninternen vorgegebenen Mindesthändlerpreis verkauft hätten, Unterbindung von Lieferungen durch nicht-zugelassene ausländische Händler in die Schweiz, Unterbindung von Aktivverkäufen in die Schweiz, Unterbindung von Verkäufen an nicht-zugelassene Händler in der Schweiz nach 1. September 2009, Identifikation gestohlener bzw. gefälschter Produkte, vgl. Rz 271). Die Investitionskosten für den Aufbau und den Unterhalt der „Swiss Garantie“ sowie des [...] würden in keinem Verhältnis zu den [200-300] Kameras stehen, die während der Periode

vom 1. September 2009 bis Ende Oktober 2009 zurück- verfolgt worden seien. Nikon Schweiz habe bereits vor Einführung der „Swiss Garantie“ Möglichkeiten gehabt, Informationen über den Warenfluss von Parallelimporten zu erhalten (z.B. Testkäufe). Eine Investition von weit über CHF [...] wäre zu diesem Zweck nicht notwendig gewesen. Würdigung der „Swiss Garantie“ 308. Nikon hat laut eigenen Angaben während ca. drei Monaten systematisch die Herkunft der im Rahmen der „Swiss Garantie“ registrierten Produkte ermittelt. Es habe sich dabei um [200-300] Produkte gehandelt, die zwischen Januar 2008 und November 2009 in der Schweiz verkauft worden seien. Für Nikon Schweiz sei diese Übergangs- phase eine einmalige Gelegenheit gewesen, einen Überblick über die Warenflüsse der vorangegangenen ca. 15 Monate zu erhalten. Das Tracking habe ausschliesslich legi- timen Zwecken (vgl. Rz 307) gedient. Zudem habe das Tracking erlaubt, die identifi- zierten Parallelexporteure darauf hinzuweisen, dass in der Schweiz per 1. September 2009 der Selektivvertrieb eingeführt worden sei (vgl. unten Rz 312 ff.) und somit nur noch Querlieferungen an in der Schweiz zugelassene Händler erfolgen dürften. 309. Tatsache ist, dass die „Swiss Garantie“ das Tracking von Seriennummern vo- rübergehend erleichterte. Jedoch war das Tracking auch ohne „Swiss Garantie“ bereits möglich (vgl. Rz 270 ff. und 307). Weiter wurden seit Ende 2009 praktisch keine Nikon Produkte mehr anhand der Seriennummer registriert. Vor diesem Hintergrund ist es zwar nicht unproblematisch, dass Nikon mit Hilfe der „Swiss Garantie“ Registrierung eine temporäre Liste von Parallelexporteuren anfertigte. Diese Liste reicht jedoch nicht aus, um eine (indirekte) Gebietsabschottung zu beweisen. 310. Seit dem 1. März 2010 ist die Eingabe der Seriennummer des Geräts nicht mehr erforderlich, um das Gerät für die „Swiss Garantie“ zu registrieren. In Abwesenheit ei- nes Trackings von Seriennummern bestehen aus kartellrechtlicher Sicht keine Beden- ken, dass mit dem Garantieprogramm eine Marktabschottung umgesetzt werden könn- te. Als solches ist die „Swiss Garantie“ ein legitimes Programm von Nikon Schweiz im Leistungswettbewerb mit dem inoffiziellen Importkanal. Die Antworten der befragten Händler bestätigen denn auch, dass die „Swiss Garantie“ zu einem wichtigen Ver- kaufsargument gegenüber parallel importierten Produkten wurde. Dementsprechend führte ein bedeutender Schweizer Händler im Jahr 2009 für parallel importierte Produk- te (herstellerübergreifend) eine eigens finanzierte erweiterte Garantie ein.

22/2010/00038/COO.2101.111.4.153527 66

311. Zusammenfassend ergeben sich keine rechtsgenügenden Hinweise dafür, dass die „Swiss Garantie“ infolge des damit verbundenen erleichterten Trackings von Se- riennummern als Instrument zur Abschottung des Schweizer Marktes benutzt worden wäre. B.3.2.1.4.3. Selektivvertrieb von Nikon Schweiz Grundsätzliche Regeln im Selektivvertrieb 312. Nikon führte per 1. September 2009 in der Schweiz eine Selektivvertriebssystem für Nikon Imaging Produkte ein. Ziff. 4 Abs. 1 VertBek definiert selektive Vertriebssys- teme als Vereinbarungen zwischen Lieferanten und Händlern, wonach ■ der Lieferant die Vertragswaren oder -dienstleistungen nur an Händler verkaufen darf, die aufgrund festgelegter Merkmale ausgewählt werden (zugelassene Händler) und ■ diese Händler die betreffenden Waren oder Dienstleistungen nicht an Händler weiter verkaufen dürfen, die nicht zum Vertrieb zugelassen sind. 313. Im Rahmen von selektiven Vertriebssystemen darf ein Hersteller seinen zum Ver- trieb zugelassenen Händlern somit verbieten, die Vertragsprodukte an nicht zugelas- sene Händler weiterzuverkaufen. 314. Herstellern steht es grundsätzlich frei, sich für ein selektives Vertriebssystem zu entscheiden. Die

wettbewerbsrechtliche Beurteilung solcher Vertriebssysteme erfolgt dabei nach den Bestimmungen der Vertikalbekanntmachung. 315. Gemäss Ziff. 12 Abs. 2 Bst. d VertBek stellen Beschränkungen von Querlieferungen zwischen Händlern innerhalb eines selektiven Vertriebssystems qualitativ schwerwiegende Wettbewerbsbeeinträchtigungen dar.¹⁰⁴ Dies bedeutet, dass der Bezug der Vertragsware durch einen zugelassenen Händler bei allen anderen zugelassenen Händlern zulässig sein muss. Zweck dieser Bestimmung ist es, die Austauschmöglichkeiten von zugelassenen Händlern innerhalb von selektiven Vertriebssystemen und damit insbesondere systeminterne Arbitragemöglichkeiten und Parallelimporte zu ermöglichen.¹⁰⁵ Daraus folgt, dass auch Bezüge bei offiziellen ausländischen Lieferanten zulässig sein müssen. Mit anderen Worten kann der offizielle Generalimporteur oder die jeweilige Ländergesellschaft des Herstellers nicht gegen Lieferungen von ausländischen offiziellen Vertriebspartnern an offizielle inländische Vertriebspartner vorgehen. In Ländern mit selektivem Vertriebssystem sind dies sämtliche zugelassenen Händler und in Ländern, in denen der Vertrieb über ein offenes Vertriebssystem erfolgt, sind dies alle Händler, welche die Produkte anbieten. Selektivvertrieb von Nikon als Instrument zur Abschottung des Schweizer Markts? 316. Ob der Selektivvertrieb von Nikon als solcher kartellrechtlich zulässig ist, wird in der vorliegenden Untersuchung offen gelassen, da die Untersuchung nicht auf die wettbewerbsrechtliche Beurteilung des Selektivvertriebs von Nikon fokussiert ist, sondern auf die Frage, ob Nikon Parallelhandel mit Nikon Imaging Produkten verhindert oder behindert und dadurch gegen Art. 5 Abs. 4 KG verstossen hat. Vor diesem Hintergrund wird in Zusammenhang mit dem Selektivvertrieb lediglich untersucht, ob Nikon den Selektivvertrieb als unterstützendes Instrument für eine Abschottung des

104 Vgl. RPW 2002/3, 455 ff. Rz 25, *Système de distribution Citroën*. 105 BSK KG-NEFF (Fn 26), Ziff. 12 Vert-BM N 18.

22/2010/00038/COO.2101.111.4.153527 67

Schweizer Marktes benützte. Ein selektives Vertriebssystem kann insofern als Instrument für die Abschottung des Schweizer Marktes verwendet werden, als Querlieferungen behindert oder verhindert werden und/oder unliebsame Händler, die Druck auf das Preisniveau ausüben, vom Vertrieb ausgeschlossen werden. 317. In den neuen Selektivvertriebsverträgen auf Grosshandels- und Einzelhandelsstufe für Nikon Imaging Produkte (ohne „D3S/D3X“) werden Querlieferungen im Sinne von Ziff. 12 Abs. 2 lit. d VertBek zum Teil ausdrücklich zugelassen und die Möglichkeit, Parallelimporte zu tätigen, erwähnt. 318. Beschlagnahmte Dokumente suggerieren jedoch, dass die Zulassung zum selektiven Vertrieb mit einem Verzicht auf Parallelimporte verbunden war: In der internen Präsentationen von Nikon mit dem Titel [...] wird festgehalten, dass [...] 319. Nikon bestreitet, dass der Status „Nikon autorisierter Internethändler“ an die Bedingung geknüpft worden sei, dass der Händler auf Parallelimporte verzichten würde. Dies werde von den betroffenen Händlern auch gar nicht behauptet. Tatsächlich lieferten die Antworten der bzw. die Korrespondenz mit den befragten Händlern keine Hinweise dafür, dass diese intern diskutierte Spielregel nach aussen kommuniziert worden wäre. 320. Im Zusammenhang mit der Anzeigerin Wahl Trading führt Nikon zudem aus, dass diese mangels Erfüllung der Zulassungskriterien nicht zum Vertrieb zugelassen werden könne. Einer Zulassung von Wahl Trading als Grossistin würden insbesondere Wahl Tradings Direktgeschäfte mit Endverbrauchern entgegenstehen, welche gegen Ziff. 6.3 der Selektivvereinbarung Grossisten verstossen würden. Dass Wahl Trading Direktgeschäfte

tätige, ergebe sich aus der Website von Wahl Trading, gemäss welcher Wahl Trading u.a. Berufsfotografen beliebere. Im Übrigen habe sich Wahl Trading bis im Herbst 2010 gar nie um die Zulassung zum Selektivvertriebssystem bemüht. 321. Zusammenfassend ergeben sich keine rechtsgenügenden Hinweise, dass Nikon mit Hilfe des Selektivvertriebs nach dem 1. September 2009 unliebsame Händler vom Vertrieb ausgeschlossen hat, um Parallelimporte zu verhindern. Zudem enthalten die neuen selektiven Vertriebsverträge keine Klauseln, welche Querlieferungen behindern würden. B.3.2.1.4.4. Fazit 322. Aus den oben aufgeführten Dokumenten, die bei Nikon beschlagnahmt wurden, geht hervor, dass die Bezugsbeschränkungen und Exportverbote, für welche die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs in Art. 5 Abs. 4 KG greift, umgesetzt wurden. Ob neben den vertraglichen Parallelimportverboten auch Massnahmen wie die „Swiss Garantie“ und die Einführung von Selektivvertriebsverträgen der Umsetzung des absoluten Gebietschutzes gedient haben, kann vorliegend nicht rechtsgenügend nachgewiesen werden. 323. Da sich die Bezugsbeschränkungen und Exportverbote auf die gesamte Produktpalette von Nikon Imaging beziehen (Digitalkameras mit Wechselobjektiv, Digitalkameras ohne Wechselobjektiv, Objektive in Einzelausführung, Blitzgeräte), gilt die Unzulässigkeitsvermutung für sämtliche Nikon Imaging Produkte.

22/2010/00038/COO.2101.111.4.153527 68

B.3.2.1.5. Abredepartner Inländische Abredepartner 324. In der Schweiz sind auf der einen Seite Nikon Schweiz und auf der anderen Seite alle Händler als Abredepartner zu qualifizieren, die sich Nikon gegenüber verpflichtet haben, Nikon Produkte nicht von ausserhalb des Vertragsgebiets (Schweiz und Liechtenstein) zu beziehen. Folglich sind all diejenigen Händler als Abredepartner zu qualifizieren, die den alten Grossistenvertrag (Rz 99), den Vertriebsvertrag D3S oder D3X (Rz 107 ff.) oder den NPDS-Vertrag (Rz 112 ff.) mit der darin enthaltenen Bezugsbeschränkung unterzeichnet haben. 325. Nikon macht geltend, sie könne ihre Verteidigungsrechte nur dann wahrnehmen, wenn die angeblichen Abredepartner im Inland namentlich bezeichnet würden und zudem belegt würde, welchen Inhalt welche Abrede mit welchem Abredepartner gehabt haben soll. Die Bezugsbeschränkung sei weder von Nikon Schweiz durchgesetzt, noch sei sie von den betroffenen Händlern beachtet worden: ■ Grosshandelsstufe: Die Antworten der sechs Grossisten als Vertragspartner des alten Grossistenvertrags (...) würden deutlich zeigen, dass die Grossisten entweder trotz des Bezugsverbots Produkte importierten oder aber dass sie aus anderen Gründen (z.B. Vertriebspolitik, fehlende Logistik, exzellentes Verhältnis zu Nikon Schweiz) keine Parallelimporte tätigten; ■ Einzelhandelsstufe: Keiner der vom Sekretariat befragten Vertragspartner der „D3S/D3X“- und der „NPDS“-Verträge habe auf die expliziten Fragen des Sekretariats geantwortet, er sei vertraglich oder anderweitig daran gehindert geworden, Parallelimporte zu tätigen. 326. Die Vorbringen von Nikon stossen aus folgenden Gründen ins Leere: Eine Auflistung der inländischen Vertragspartner von Nikon erübrigt sich, da diese Nikon bestens bekannt sind. Zu den von Nikon zitierten Antworten der Grossisten und der Einzelhändler ist Folgendes festzuhalten: ■ Grosshandelsstufe: Wie der Tabelle 1 in Anhang E.4 zu entnehmen ist, importierte von den fünf inländischen Grossisten, welche bis zum 31. August 2009 durch den alten Grossistenvertrag von Nikon gebunden waren, lediglich ein einziger Nikon Imaging Produkte. Der Anteil an Parallelimporten dieses Grosshändlers betrug weniger als (...) % seines jährlichen Gesamtumsatzes mit Nikon Imaging Produkten. Dies entspricht weniger als (...) % des jährlichen Gesamtumsatzes mit Nikon Imaging Produkten aller

Distributoren in der Schweiz (vgl. Tabelle 1 in Anhang E.1). Es handelt sich bei diesem Grossisten zudem insofern um einen Spezialfall, als er die Produkte über eine Schwestergesellschaft in Deutschland beziehen konnte. Wie bereits erwähnt (Rz 103), dürfte es für einen Hersteller schwieriger sein, Querlieferungen zwischen Schwestergesellschaften innerhalb desselben Konzerns zu unterbinden als solche zwischen voneinander unabhängigen Unternehmen. Weitere drei Händler begründeten ihren Verzicht auf Parallelimporte mit guten Geschäftsbeziehungen mit Nikon Schweiz, einem Widerspruch zur Geschäftsstrategie und einer exklusiven Zusammenarbeit mit Nikon. Der fünfte inländische Grossist wies in diesem Zusammenhang auf die vertragliche Bindung mit Nikon hin. Insgesamt haben sich also vier von fünf Schweizer Grossisten nach dem Grundsatz *pacta sunt servanda* an die Bezugsbeschränkung in ihrem Vertriebsvertrag mit Nikon gehalten und keine Nikon Produkte von ausserhalb des Vertragsgebiets (Schweiz und Liechtenstein) parallel importiert.

22/2010/00038/COO.2101.111.4.153527 69

Der von Nikon Schweiz genannte sechste Grossist, [...], ist in Liechtenstein und nicht in der Schweiz ansässig. Dieser Grosshändler konnte laut eigenen Angaben über [...] Deutschland – also tatsächlich von einem Händler ausserhalb des Vertragsgebiets – importieren. Allerdings stellt [...] wiederum einen Spezialfall dar (siehe Rz 103, weil seine Bezugsquelle in Deutschland – [...] – zur selben Unternehmensgruppe gehört. Im Übrigen seien die beiden Unternehmen der [...] Gruppe von Nikon wiederholt mündlich dazu angehalten worden, Parallelhandel zu unterlassen; Parallelhandel sei aber weiterhin betrieben worden. Ein solches Ignorieren von Vorgaben des Herstellers dürfte innerhalb eines Konzerns – wie gesagt – einfacher sein, als wenn es sich beim Exporteur und Importeur um zwei voneinander unabhängige Unternehmen handeln würde (siehe Rz 103).

■ Einzelhandelsstufe: Die von Nikon zitierten Händler haben in der Tat keine Schwierigkeiten beim Parallelimport geltend gemacht. Allerdings geht aus diesen Antworten hervor, dass fünf dieser elf zitierten Händler gar nicht erst versucht haben, parallel zu importieren (...); zwei weitere liessen die Frage nach Schwierigkeiten beim Import unbeantwortet (...). Von den zitierten elf Händlern haben deren [...] Parallelimporte getätigt (...). Wie aus Tabelle 2 in Anhang E.4 hervorgeht, erreichten die getätigten Parallelimporte lediglich einen bescheidenen Umfang. Zudem stammten in zwei der genannten [...] Fälle sämtliche Parallelimporte aus Liechtenstein und somit aus dem Vertragsgebiet. Insgesamt haben also lediglich drei der zitierten Händler – in bescheidenem Umfang – Nikon Produkte ausserhalb des Vertragsgebiets bezogen. Die restlichen Händler haben sich nach dem Grundsatz *pacta sunt servanda* an die Bezugsbeschränkung gehalten. Ausländische Abredepartner 327. Im Ausland sind auf der einen Seite Nikon Europe BV bzw. die Nikon Ländergesellschaften jener Länder, in denen offizielle Vertriebspartner von Nikon vertraglich oder faktisch dazu angehalten wurden, Lieferungen in die Schweiz zu unterlassen, als Abredepartner zu qualifizieren. Auf der anderen Seite handelt es sich bei den Parallelexporteuren, die sich dazu verpflichtet haben, nicht in die Schweiz zu exportieren, um Abredepartner von Nikon. Damit sind zum einen sämtliche Händler, die einen Vertrag mit Nikon unterzeichnet haben, in dem sie sich direkt oder indirekt dazu verpflichtet haben, nicht an Abnehmer in der Schweiz zu liefern, als Abredepartner zu qualifizieren. Zum anderen sind auch jene Parallelhändler, die sich unabhängig von einer derartigen Vertragsklausel dem Druck von Nikon gebeugt und nicht mehr im gleichen Ausmass bzw. gar nicht mehr in die Schweiz geliefert haben, als

Abredepartner zu qualifizieren. 328. Hierzu bringt Nikon wiederum vor, dass hätte aufgezeigt werden müssen, welche Nikon Ländergesellschaft mit welchem namentlich bezeichneten Händler welche Abrede mit welchem Inhalt getroffen habe. Ansonsten könne Nikon ihre Verteidigungsrechte nicht wahrnehmen. Tatsache sei, dass kein einziger ausländischer Händler identifiziert worden sei, der eine solche Verpflichtung mit Bezug auf die Schweiz eingegangen wäre. Insbesondere bleibe unklar, welches die Parallelhändler seien, die sich angeblich unabhängig von einer Vertragsklausel dem Druck von Nikon gebeugt und darum weniger oder nicht mehr in die Schweiz geliefert hätten. 329. Die Vorbringen von Nikon zu den ausländischen Abredepartnern stossen aus folgenden Gründen ins Leere: Eine Auflistung der ausländischen Vertragspartner von Nikon erübrigt sich, da diese den einzelnen Ländergesellschaften der Nikon Gruppe bestens bekannt sind. Gleiches gilt für die Frage, welche Ländergesellschaften von Nikon die oben identifizierten problematischen Verträge mit ihren Vertriebshändler abgeschlossen haben. Von einer fehlenden Identifikation ausländischer Händler, welche sich zu einem Exportverbot in die Schweiz verpflichtet hatten, kann aus diesem Grund

22/2010/00038/COO.2101.111.4.153527 70

und angesichts des oben dargelegten Wortlauts der Vertriebsverträge von Nikon keine Rede sein. 330. Ferner erübrigt sich eine Auflistung der Parallelhändler, die sich unabhängig von einer Vertragsklausel dem Druck von Nikon gebeugt und deshalb weniger bzw. gar nicht mehr in die Schweiz geliefert haben, aus folgenden Gründen: Eine abschliessende Nennung dieser Parallelhändler ist basierend auf den verfügbaren Informationen gar nicht möglich. Die Wettbewerbsbehörden kennen die Namen sämtlicher ausländischer Vertragshändler von Nikon nicht. Somit lässt sich nicht feststellen, ob ein gewisser Parallelhändler allein infolge von Druckausübung durch Nikon auf Parallelhandel verzichtet hat oder ob dies auch eine Folge einer vertraglichen Verpflichtung mit Nikon war. Eine abschliessende Identifikation sämtlicher Abredepartner – darunter insbesondere der Gruppe, welche in Abwesenheit von vertraglichen Verpflichtungen infolge Druckausübung durch Nikon auf Parallelhandel verzichteten – ist indes auch gar nicht nötig, da sich die vorliegende Untersuchung ausschliesslich gegen Nikon richtet, was unter dem Titel Untersuchungsadressaten begründet wird (vgl. Rz 345). B.3.2.1.6. Abrededauer Bezugsverbote ausserhalb des Vertragsgebiets 331. Der alte Grossistenvertrag wurde durch Nikon Schweiz ca. Ende 2004 eingeführt und nach und nach mit den Grosshändlern abgeschlossen. Bis Ende August 2009 bestand zwischen Nikon und insgesamt sechs Grossisten ([...], siehe oben Rz 99) ein derartiger Vertrag, mit dem der Bezug ausserhalb des Vertragsgebiets (Schweiz und Liechtenstein) ausgeschlossen wurde. Per 1. September 2009 wurden diese Grosshandelsverträge durch neue, selektive Vertriebsverträge ersetzt, welche kein Bezugsverbot mehr enthalten (vgl. Rz 179 und 236). 332. Die Vertriebsvereinbarungen Einzelhändler Nikon „D3S/D3X“ enthalten seit November 2008 bzw. 2009 ein solches Bezugsverbot ausserhalb des Vertragsgebiets (vgl. Rz 226 ff.). Dasselbe gilt für die „NPSD“-Verträge seit 2007 (vgl. Rz 226 ff.). Die Bezugsverbote in diesen Verträgen sind zum Zeitpunkt des vorliegenden Entscheids der WEKO noch in Kraft. 333. Diese Verträge waren bzw. sind geeignet, Parallelimporte in die Schweiz zu behindern bzw. verhindern. Die beschlagnahmte E-Mail Korrespondenz zeigt denn auch, dass diese Verträge Anwendung fanden (Rz 259 und 261). Exportverbote in die Schweiz in ausländischen Verträgen 334. In Deutschland (2004 bis 2009), Österreich/Slowenien (2006 bis 2010), Ungarn (seit 2005) und den USA (z.B. im Jahr 2007 und 2010) bestehen bzw.

bestanden in den Vertriebsverträgen von Nikon Klauseln, wonach die Vertragswaren nicht in Länder ausserhalb des EWR bzw. der USA verkauft und damit nicht in die Schweiz exportiert werden dürfen bzw. durften (sog. explizite Exportverbote). Diese Verträge waren bzw. sind geeignet, Parallelexporte in die Schweiz zu behindern bzw. verhindern. 335. In Griechenland (1996 bis 2010), Grossbritannien (z.B. im Jahr 2003) und Polen (z.B. im Jahr 2006) sehen die Vertriebsverträge den Verkauf nur im jeweiligen Staatsgebiet vor (sog. implizite Exportverbote). Diese Verträge waren bzw. sind zusammen mit weiteren Massnahmen gegen Parallelexporte geeignet, Parallelexporte in die Schweiz zu behindern bzw. verhindern. 336. Den Wettbewerbsbehörden liegen zumindest für die Zeitspanne von Frühjahr 2008 bis Oktober 2009 beschlagnahmte Dokumente vor, die beweisen, dass ausländi-

22/2010/00038/COO.2101.111.4.153527 71

sche Parallelexporteure durch die jeweilige Nikon Ländergesellschaft dazu angehalten wurden, nicht mehr in die Schweiz zu liefern und dies zumindest teilweise befolgt haben (siehe oben Rz 280, 286 ff.). 337. Für diese Zeitspanne ist die Umsetzung der expliziten Exportverbote und der impliziten vertraglichen Exportverbote in den genannten ausländischen Vertriebsverträgen folglich erstellt. Ein dauerhafter Verstoss seit Inkrafttreten der Verträge kann basierend auf den vorliegenden Beweisen jedoch nicht nachgewiesen werden. Diesem Umstand wird bei der Sanktionsbemessung Rechnung getragen (vgl. Rz 567 f.). Strategieänderung per 1. September 2009 338. Im Laufe des Jahres 2009 schienen die Massnahmen zur Behinderung von Parallelhandel (gebietsabschottende Klauseln und Druckausübung auf Parallelhändler innerhalb und ausserhalb des Vertragsgebiets) nicht mehr befriedigend zu funktionieren. Offensichtlich wurde der Druck aus Parallelhandelstätigkeiten genügend hoch, dass sich Nikon zu einem Strategiewechsel entschied: Im September 2009 ersetzte Nikon die alten Grossistenverträge mit der problematischen Bezugsbeschränkung durch selektive Vertriebsverträge, welche keine solche Beschränkung mehr enthielten. Gleichzeitig wurde die erweiterte „Swiss Garantie“ eingeführt, mit welcher Nikon stärker in Konkurrenz zum Parallelhandelskanal treten konnte. Zudem nahm Nikon Verhandlungen mit [...], einem der vormals wichtigsten Parallelimporteure von Nikon Produkten, auf. Ende 2009 kam es mit [...] zu einem Vertragsverhältnis. Der Preis hierfür waren preisliche Zugeständnisse an [...]. In der Folge tätigte [...] mangels Arbitragepotenzial keine Parallelimporte von Nikon Imaging Produkten mehr. 339. Des Weiteren liegen der WEKO für den Zeitraum nach Oktober 2009 auch keine E-Mail Korrespondenzen mehr vor, die belegen, dass die nach wie vor bestehenden Bezugsverbote in den „D3S/D3X“- und „NPSD“-Verträgen sowie die expliziten und impliziten Exportverbote in den ausländischen Verträgen umgesetzt worden wären. Fazit 340. Seit dem Inkrafttreten des revidierten Kartellgesetzes und somit der direkten Sanktionierbarkeit von harten Vertikalabreden am 1. April 2004 bestehen bzw. bestanden in gewissen Vertriebsverträgen der Nikon Gruppe Klauseln, bei welchen der Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG greift. Zum Zeitpunkt des vorliegenden Entscheids der WEKO haben die Exportverbote in ausländischen Vertriebsverträgen, Bezugsbeschränkungen in den „D3S/D3X“- und „NPSD“-Verträgen nach wie vor Gültigkeit. 341. Es liegt in der Verantwortung von Nikon, die zum Zeitpunkt des vorliegenden Entscheids immer noch geltenden vertraglichen Bezugsbeschränkungen und die vertraglichen Exportverbote der Nikon Gruppe kartellrechtskonform umzugestalten. 342. Die vertraglich vereinbarten Bezugsbeschränkungen, die expliziten Exportverbote in

ausländischen Vertriebsverträgen sowie die impliziten Exportverbote in Zusammenhang mit weiteren Massnahmen gegen Parallelexporte waren in der gesamten Zeitspanne seit dem 1. April 2004 geeignet, Parallelimporte in die Schweiz zu behindern oder zu verhindern. 343. Die folgende Abbildung illustriert die zeitliche Abfolge der verschiedenen Verträge bzw. Abreden und der unterstützenden Massnahmen.

22/2010/00038/COO.2101.111.4.153527 72

Abb. 1: Zeitachse der Abreden und Massnahmen gegen Parallelimporte
Mrz 08 Apr 08 Mai 08 Jun 08 Jul 08 Aug 08 Sep 08 Okt 08 Nov 08 Dez 08 Jan 09 Feb 09 Mrz 09 Apr 09 Mai 09 Jun 09 Jul 09 Aug 09 Sep 09 Okt 09 Nov 09 Dez 09 Jan 10 Feb 10 Mrz 10
Alter
Grossistenvertrag mit Bezugsverbot ausserhalb des Vertragsgebiets NPSD-Vertrag mit Bezugsverbot ausserhalb des Vertragsgebiets Selektivvertriebsvertrag D3X mit Bezugsverbot ausserhalb des Vertragsgebiets Selektivvertriebsvertrag D3S mit Bezugsverbot ausserhalb des Vertragsgebiets Disziplinierung von bzw. keine Zusammenarbeit mit Parallelhändlern im Vertragsgebiet Vertragliche Exportverbote in die Schweiz für Händler ausserhalb des Vertragsgebiets Abmahnung von Parallelexporturen ausserhalb des Vertragsgebiets

344. Für die Zeitspanne Frühjahr 2008 bis Herbst 2009 ist die Behinderung von Parallelimporten aufgrund der beschlagnahmten E-Mail Korrespondenz erstellt. Ein dauerhafter Verstoss seit Inkrafttreten der Verträge kann Nikon basierend auf den vorliegenden Beweisen jedoch nicht nachgewiesen werden. Zudem hat Nikon im Herbst 2009 einen Strategiewechsel vollzogen (vgl. Rz 338). Diesen Umständen wird bei der Sanktionsbemessung Rechnung getragen (vgl. Rz 567 f.). B.3.2.1.7. Untersuchungsadressaten
345. Die vorliegende Untersuchung wurde am 24. März 2010 gegenüber Nikon eröffnet und am 5. Oktober 2010 auf Digitec ausgedehnt. Weil die WEKO nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit feststellen konnte, dass es zwischen Nikon und Digitec zu einer Abrede nach Art. 4 Abs. 1 KG gekommen ist (siehe oben Rz 166 f.), wird das Verfahren gegenüber Digitec ohne Folgen eingestellt. 346. Das Sekretariat hat im Übrigen auf eine Ausdehnung der Untersuchung auf sämtliche inländischen und ausländischen Händler verzichtet, was sich aus den folgenden Gründen rechtfertigt: Interessenasymmetrie 347. Die Gebietsschutzabrede begünstigte insbesondere Nikon. Mit anderen Worten lag die Gebietsschutzabrede vor allem im Interesse von Nikon; die in- und ausländischen Abrededpartner konnten daraus, wenn überhaupt, lediglich einen geringen Vorteil ziehen: ■ Inländische Händler, welche sich vertraglich zu einem Bezugsverbot ausserhalb des Vertragsgebiets verpflichteten, befanden sich in einer „take it or leave it“-Position: Entweder sie unterschrieben den Vertrag oder sie waren kein offizieller Vertriebshändler von Nikon. Eine Nichteinhaltung des Bezugsverbots hatte die fristlose Kündigung zur Folge (§ 11 Abs. 2 lit. d [alter Grossistenvertrag]; § 5 Abs. 2 lit. b [D3S-/D3X-Vertrag]; § 7 Abs. 2 lit. b [„NPSD“-Vertrag]). Ein derartiges Bezugsverbot kann nicht im Interesse der Schweizer Händler gewesen sein, da ihnen das Ausnützen von Arbitragemöglichkeiten eine Erhöhung der eigenen Marge erlaubt hätte.

22/2010/00038/COO.2101.111.4.153527 73

■ Ausländische Lieferanten bedienen in aller Regel schwerpunktmässig den eigenen Markt. Die Auswirkungen der vorliegenden Gebietsschutzabreden zeitigten durch die Verringerung des Wettbewerbsdrucks in der Schweiz jedoch Auswirkungen auf dem Schweizer Markt und nicht auf denjenigen Märkten, auf welchen die ausländischen

Lieferanten schwerpunktmässig tätig waren (vgl. Rz 505 ff.). Insofern konnten ausländische Lieferanten im Gegensatz zu inländischen Händlern nicht vom geringeren Preisdruck infolge der Gebietsabschottung profitieren. Zudem bedeutet eine Einschränkung des Kundenkreises für ausländische Lieferanten eine Reduktion ihres Absatz- und Gewinnpotenzials. Gewinnmaximierende Lieferanten haben üblicherweise ein Interesse daran, zusätzliche (ausländische) Kunden zu bedienen. Vor diesem Hintergrund dürften ausländische Lieferanten ein noch geringeres Interesse an den absoluten Gebietsschutzabreden gehabt haben als inländische Händler. Wenn sie sich jedoch nicht an die Vorgaben der jeweiligen Nikon Ländergesellschaft – und somit an die Wettbewerbsabrede – hielten, mussten sie mit Retorsionsmassnahmen rechnen, welche sogar in einer Vertragskündigung bestehen konnten (vgl. Rz 270). ■ Parallelhändler: Schliesslich gab es sowohl im In- als auch im Ausland diverse Parallelhändler, die sich über die Massnahmen von Nikon zur Verhinderung von Parallelimporten in die Schweiz hinweggesetzt und trotzdem Parallelhandel betrieben haben. Es lässt sich allerdings nicht abschliessend feststellen, auf welche Händler im In- und Ausland dies zutrifft bzw. zutrifft. Würde die Untersuchung auf alle Händler ausgedehnt, würden falsche Signale gesetzt. Das Ziel der vorliegenden Untersuchung ist es in erster Linie, den Urheber der möglicherweise unzulässigen Massnahmen gegen Parallelimporte in die Schweiz gegebenenfalls zu sanktionieren und nicht die Händler, die sich zu deren Einhaltung gezwungen sahen und schon gar nicht jene, die sich allenfalls darüber hinweggesetzt haben. Praxis der Europäischen Kommission 348. Es entspricht der Praxis der Europäischen Kommission, bei vertraglich vereinbarten Exportverboten nur den Hersteller bzw. Importeur zu büssen: ■ In ihrem Entscheid in Sachen „Peugeot“ 106 hatte die Kommission Massnahmen (im Wesentlichen ging es um Boni, die nur für Verkäufe in den Niederlanden ausbezahlt wurden) zu beurteilen, die von der Automobiles Peugeot SA ergriffen worden waren, um Exportverkäufe zu beschränken.¹⁰⁷ Sie hielt dabei fest, es würde sich nicht um einseitige Verhaltensweisen handeln, denn sie hätten sich in die vertragliche Beziehung zwischen Peugeot und den offiziellen Vertriebspartnern von Peugeot in den Niederlanden eingefügt.¹⁰⁸ Die Kommission verwies dabei auf die Rechtsprechung des Gerichtshofes, wonach ein Vertragshändler nur in ein Vertriebsnetz aufgenommen werden kann, wenn er ausdrücklich oder stillschweigend die Politik des Herstellers und seines Lieferanten akzeptiere.¹⁰⁹ Im Zusammenhang mit einer möglichen Verhängung einer Geldbusse gegen die Peugeot-Vertragshändler in den Niederlanden war die Kommission der Auffas-

106 KOMM ABl. L 173/20 vom 27.6.2006, Peugeot (Zusammenfassung), bestätigt durch Urteil des EuG vom 9.7.2009 T-450/05 Automobiles Peugeot SA, Peugeot Nederland NV/Kommission, Slg. 2009 S. II-02533; für eine Vollversion vgl. Kommission vom 5.10.2005 i.S. Automobiles Peugeot SA, Rz 11, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/36820/36820_190_1.pdf (28.11.2011); 107 Automobiles Peugeot SA (Fn 106), Rz 11. 108 Automobiles Peugeot SA (Fn 106), Rz 89. 109 Automobiles Peugeot SA (Fn 106), Rz 91.

22/2010/00038/COO.2101.111.4.153527 74

sung, dass die Peugeot-Vertragshändler in den Niederlanden zwar an den gegen das Wettbewerbsrecht verstossenden Vereinbarungen beteiligt waren, die Initiative dazu allerdings von Automobiles Peugeot SA ausgegangen war, weshalb gegen die Vertriebspartner keine Geldbussen zu verhängen seien.¹¹⁰ Dementsprechend wurde nur der Automobiles Peugeot SA bzw. Peugeot Nederland NV eine Geldbusse auferlegt.¹¹¹ ■

Im Entscheid in Sachen „Opel“ hatte die Kommission Massnahmen von Opel Nederland BV zur Einschränkung von Exporten aus den Niederlanden zu beurteilen.¹¹² Sie kam darin zum Schluss, dass eine Geldbusse gegen Opel Nederland BV und deren Muttergesellschaft, die General Motors Nederland BV, angebracht sei. Sie qualifizierte „die niederländischen Opel-Vertragshändler als zusammen mit Opel Nederland BV Beteiligte an Vereinbarungen zur Verhinderung oder Einschränkung von Exporten“ als „Opfer der von ihrem Vertragspartner beschlossenen restriktiven Politik, der sie auf Druck zustimmen mussten“. Nach Ansicht der Kommission hatten die Händler nicht aktiv mitgewirkt, weshalb gegen sie keine Geldbusse verhängt wurde.¹¹³ ■ Bereits in ihrem Entscheid in Sachen „Volkswagen“ war die Kommission zum Schluss gekommen, dass es sich bei den von Volkswagen AG, Audi AG und Autogerma SpA (Generalimporteurin von VW und Audi in Italien) ergriffenen Massnahmen zur Verhinderung bzw. Behinderung von Parallelexporten nicht um einseitige Massnahmen handle, sondern um solche, die sich in die vertraglichen Beziehungen zwischen der Herstellerin bzw. der Generalimporteurin und den Händlern des selektiven Vertriebsnetzes einfügen.¹¹⁴ Unter dem Titel „Adressat dieser Entscheidung“ führte die Kommission allerdings aus, die Volkswagen AG, als Muttergesellschaft der Audi AG und der Autogerma SpA, sei für die festgestellten Zuwiderhandlungen gegen das europäische Wettbewerbsrecht allein verantwortlich.¹¹⁵ Dementsprechend hat sie nur gegen die Volkswagen AG eine Geldbusse verhängt.¹¹⁶ Grundsatz der Gleichbehandlung 349. Gemäss Art. 29 Abs. 1 BV¹¹⁷ hat jede Person in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung. Nikon hat im In- und Ausland zahlreiche Händler unter Vertrag. Den Wettbewerbsbehörden sind basierend auf die verfügbaren Informationen (insbesondere die beschlagnahmten Dokumente) nur eine Auswahl von Abredepartnern bekannt. Vorliegend wurde nicht zuletzt aus Gründen der Gleichbehandlung auf die Eröffnung einer Untersuchung gegenüber einzelnen Abredepartnern verzichtet. Im Übrigen besteht in der Regel kein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht.

110 Automobiles Peugeot SA (Fn 106), Rz 160. 111 Automobiles Peugeot SA (Fn 106), Rz 159. 112 KOMM ABl. L59/1 vom 28.02.2001 – Opel. 113 Opel (Fn 112), Rz 174. 114 KOMM, ABl. 1998 L 124/60, VW, Rz 128, bestätigt durch Urteil des EuGH vom 18.9.2003 C- 338/00 P Volkswagen AG, Slg. 2003, I-9189, Rz 52 ff. 115 VW (Fn 114), Rz 205. 116 VW (Fn 114), S. 94. 117 Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101).

22/2010/00038/COO.2101.111.4.153527 75

Territorialitätsprinzip 350. Gemäss dem Territorialitätsprinzip kann ein Staat Hoheitsakte nur in seinem eigenen Hoheitsgebiet vornehmen. Wie im Rahmen des Geltungsbereichs (siehe oben Rz 74) aufgezeigt, steht das Territorialitätsprinzip einer Anwendung des Kartellgesetzes auf Auslandsachverhalte, die sich in der Schweiz auswirken, grundsätzlich nicht entgegen. Allerdings kann die Durchsetzung des Kartellrechts im Zusammenhang mit extraterritorialen Unternehmen ohne Vertretung in der Schweiz zu Problemen führen, weil den Wettbewerbsbehörden in diesen Fällen grundsätzlich die Kompetenz fehlt, im Ausland sowohl die nötigen Ermittlungsmassnahmen vorzunehmen, als auch allfällige Sanktionen mittels hoheitlicher Gewalt durchzusetzen.¹¹⁸ Diese prozessökonomischen Gründe sprachen zusätzlich gegen eine Eröffnung der Untersuchung gegenüber den ausländischen Abredepartnern. Fazit 351. Basierend auf diesen Überlegungen wurde auf die Ausdehnung der Untersuchung auf die in- und ausländischen Abredepartner von Nikon verzichtet.

Somit ist Ni- kon Schweiz bzw. die Nikon Gruppe vorliegend neben Digitec die einzige Untersu- chungsadressatin. B.3.2.2.

Widerlegung der gesetzlichen Vermutung gemäss Art. 5 Abs. 4 KG 352. Für die Widerlegung der Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbe- werbs ist eine Gesamtbetrachtung des Marktes unter Berücksichtigung des Intrabrand- und Interbrand-Wettbewerbs massgebend. Ausschlaggebend ist, ob genügend In- trabrand- oder Interbrand-Wettbewerb auf dem relevanten Markt besteht oder die Kombination der beiden zu genügend wirksamem Wettbewerb führt (Ziff. 11 VertBek). 353. Im vorliegenden Fall kann die Vermutung widerlegt werden, wenn Händler von Nikon Imaging Produkten in der Schweiz Parallelimporte von Nikon Imaging Produkten in genügendem Umfang tätigen bzw. tätigen konnten und wenn sich diese Händler hin- sichtlich eines anderen Wettbewerbsparameters – insbesondere des Preises – einen wirksamen Wettbewerb liefern (Intrabrand-Wettbewerb; vgl. Abschnitt B.3.2.2.2.). 354. Eine zweite Möglichkeit zur Widerlegung der gesetzlichen Vermutung besteht im Nachweis eines intensiven Wettbewerbs zwischen verschiedenen Herstellern von Ima- ging Produkten (Interbrand-Wettbewerb; vgl. Abschnitt B.3.2.2.3.). Als dritte Möglich- keit zur Vermutungswiderlegung kommt schliesslich die Kombination des vorhandenen Intrabrand- und Interbrand-Wettbewerbs in Betracht.119 355. Zur Prüfung der Marktverhältnisse werden vorab die relevanten Märkte in sachli- cher und räumlicher Hinsicht abgegrenzt.

118 BSK KG-LEHNE (Fn 8), Art. 2 KG N 57. 119 Vgl. auch RPW 2010/1, 85 Rz 171 und 103 Rz 300, Gaba.

22/2010/00038/COO.2101.111.4.153527 76

B.3.2.2.1. Relevante Märkte B.3.2.2.1.1. Sachlich relevante Märkte Vorbemerkungen 356. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktge- genseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 lit. a VKU120, analog). 357. Marktgegenseite von Nikon auf der Absatzseite sind zum einen Distributoren (Grosshändler bzw. Grossisten), welche Nikon Imaging Produkte ihrerseits an Retail- händler vertreiben. Andererseits gehören grosse Retailhändler, sog. Direktkunden, wie [...] zu den Kunden von Nikon. Da die Nachfrage von Retailhändlern nach Nikon Ima- ging Produkten wiederum vom Nachfrageverhalten der Endverbraucher geleitet wird (abgeleitete Endnachfrage), sind die Präferenzen und das Verhalten der Endverbrau- cher Ausgangspunkt der nachfolgenden Marktdefinition. 358. Die bisherige Praxis der europäischen Kommission im Zusammenhang mit Fo- tokameras tendierte dahin, den Markt für Kameras in einen Markt für Kompaktkameras, einen Markt für Spiegelreflexkameras und einen Markt für Digitalkameras aufzuteilen. Auf eine abschliessende Marktabgrenzung wurde indes verzichtet.121 Die nachfolgen- den Ausführungen zeigen, dass die aus dem Jahr 2003 stammenden Überlegungen zur Marktdefinition infolge der technologischen Entwicklung heute überholt sind. So sind heute sowohl Kompaktkameras als auch Spiegelreflexkameras in der Regel digi- tal.122 Entsprechend produzieren heute viele Kamerahersteller überhaupt keine analo- gen Kompakt- und Spiegelreflexkameras mehr. Die Kunden dieser Kameras sind laut Angaben von Nikon entweder Liebhaber und Nostalgiker oder professionelle Fotogra- fen, die mehrere Monate in der Abgeschiedenheit Fotoaufnahmen machen und eine analoge Spiegelreflexkamera als Ersatzkamera bei sich haben. Abgesehen von diesen Ausnahmen hat die analoge Kamera keine Bedeutung mehr. So verkaufte Nikon zwi- schen April 2009 und März 2010 gerade noch [...] analoge Spiegelreflexkameras in der Schweiz,

[...] analogen Kompaktkameras. Vor diesem Hintergrund wird im Folgenden auf weitere Ausführungen zu analogen Kameras verzichtet. 359. Vorliegend sind Produkte aus den Produktgruppen Digitalkameras mit und ohne Wechselobjektiv, Wechselobjektive und Blitzgeräte von Behinderungen beim Parallelimport betroffen (vgl. Rz 323). Nachfolgend wird analysiert, wie die relevanten Märkte für diese Produktgruppen zu definieren sind. Digitalkameras ohne Wechselobjektiv 360. Als digitale Kameras ohne Wechselobjektiv (auch Kompaktkameras genannt) werden Fotoapparate bezeichnet, die als Aufnahmemedium einen elektronischen Bildsensor enthalten und über ein fest eingebautes Objektiv verfügen. Das Licht gelangt bei diesen Kameras durch das fest installierte Objektiv auf den Bildsensor. Die

120 Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4). 121 KOMM, COMP/M.3091, 11.07.2003, Konica/Minolta, Rz 18–23. 122 Im Jahr 2003 gab es auch bereits sowohl digitale Kompaktkameras als auch digitale Spiegelreflexkameras. Da es sich damals um einen jungen und schnell wachsenden Markt handelte, wurde es indes als zu früh beurteilt, den Markt für digitale Kameras weiter zu unterteilen. KOMM, COMP/M.3091, 11.07.2003, Konica/Minolta, Rz 20.

22/2010/00038/COO.2101.111.4.153527 77

fest eingebauten Objektiv unterscheiden sich in der verfügbaren Brennweite (Zoom- und Weitwinkelobjektive) und Lichtstärke. Assistenzfunktionen unterstützen den Fotografen bei der Bilderstellung. Beispielsweise analysiert die Motivautomatik das Motiv und die Umgebungsbedingungen und wählt dann automatisch das zur Aufnahme passende Motivprogramm aus. Einige Kameras ohne Wechselobjektiv lassen sich auch manuell einstellen. Weiter können mit einigen Kameras ohne Wechselobjektiv auch Filmaufnahmen gemacht werden. Kameras ohne Wechselobjektive sind meistens kompakt, so dass sie leicht mitgeführt werden können. 361. Digitalkameras ohne Wechselobjektive können sich hinsichtlich ihrer Qualität bzw. Leistung beträchtlich unterscheiden. So verfügen digitale Kompaktkameras von Nikon entweder über CCD (Charge Coupled Device¹²³)- oder CMOS (Complementary Metal Oxide Semiconductor¹²⁴)-Bildsensoren mit unterschiedlichen Auflösungen und Leistungswerten. Diese Unterschiede schlagen sich im Preis nieder. 362. Auf dem Markt wird denn auch je nach Bedürfnis eine breite Preispalette von der günstigen Einsteigerkamera bis zur hochwertigen Kamera für anspruchsvolle Konsumenten angeboten. Zu den Kunden von Digitalkameras ohne Wechselobjektive gehören Fotografie-Einsteiger, Hobbyfotografen und Profifotografen, welche die Kameras im Alltagsgebrauch und zu Hobbyzwecken (z.B. Reisefotografie) sowie in der professionellen Fotografie (d.h. dort, wo das Gewicht eine grosse Rolle spielt, z.B. Extremklettern) einsetzen. Digitalkameras mit Wechselobjektiv 363. Als digitale Kameras mit Wechselobjektiv werden Fotoapparate bezeichnet, bei denen das Objektiv ausgewechselt werden kann, um den unterschiedlichen fotografischen Anforderungen besser gerecht zu werden. Digitale Kameras mit Wechselobjektiv werden auch als Systemkameras bezeichnet. Bei einer Systemkamera lässt sich unterschiedliches Zubehör vom Hersteller oder von Drittanbietern montieren, um das Kamerasystem zu erweitern, wie z.B. Blitzgeräte, Objektive, Fernbedienungs-, WLAN-, GPS-, Sucher- und Computerzubehör. 364. Mit einer Kamera mit Wechselobjektiv kann sowohl manuell wie auch automatisch fotografiert werden. Verschiedene Assistenzsysteme unterstützen den Fotografen. Dank diesen Systemen können auch Anfänger ohne Schwierigkeiten mit einer

Kamera mit Wechselobjektiv fotografieren. Mit einigen Kameras mit Wechselobjektiv können auch Filmaufnahmen gemacht werden.

123 Ein CCD ist ein elektronischer lichtempfindlicher Sensor, der das einfallende Licht in ein zur Lichtmenge proportionales Signal umwandelt. CCD-Bildsensoren bestehen aus einer Matrix mit lichtempfindlichen Fotodioden, die Pixel genannt werden. In den Anfangsjahren enthielten die Digitalkameras fast ausschliesslich CCD-Sensoren. Mittlerweile existiert eine Vielzahl unterschiedlicher Sensortypen. 124 Ein Active Pixel Sensor (APS, dt. aktiver Pixelsensor) ist ein Halbleiterdetektor zur Lichtmessung, der in CMOS-Technik gefertigt ist und deshalb oft als CMOS-Sensor bezeichnet wird. Durch die Verwendung der CMOS-Technik wird es möglich, weitere Funktionen in den Sensorchip zu integrieren, wie beispielsweise die Belichtungskontrolle oder die Kontrastkorrektur. CMOS-Sensoren verbrauchen weniger Strom. CCD-Sensoren hingegen produzieren weniger Störungen im Bild, sogenanntes Bildrauschen, und können Licht etwas effizienter nutzen. Mit CMOS-Sensoren wurden früher nur die preisgünstigen "low-end"-Geräte ausgestattet. Seitdem deren wesentliche Nachteile weitgehend auf ein vergleichbares Mass minimiert wurden, verdrängen CMOS-Sensoren zunehmend die CCD-Sensoren auch im Bereich der digitalen Spiegelreflexkameras.

22/2010/00038/COO.2101.111.4.153527 78

365. Zu den Kunden von Digitalkameras mit Wechselobjektiven zählen Fotografie-Einsteiger, Hobbyfotografen sowie Profi-Fotografen, welche die Kameras im Alltagsgebrauch (z.B. zur Aufnahme von Schnappschüssen), zu Hobbyzwecken (z.B. für die Reisefotografie) und in der professionellen Fotografie (z.B. Reportage und Sport) einsetzen. 366. Es gibt zwei Konstruktionstypen von digitalen Kameras mit Wechselobjektiv: Kameras mit Spiegel und Kameras ohne Spiegel. Bei Kameras mit Spiegel (digitale Spiegelreflexkameras) wird das Motiv zur Betrachtung und Einstellung vom Objektiv über einen Spiegel umgelenkt, auf einer Mattscheibe abgebildet und durch einen optischen Sucher betrachtet. Die Belichtung erfolgt nach Aufklappen des Spiegels auf digitalen Bildsensoren. Bei Kameras ohne Spiegel (DCIL-Kameras) erfolgen die Betrachtung direkt auf dem eingebauten Monitor und die Belichtung direkt auf dem Bildsensor. Dabei handelt es sich um Kameras, welche wie die Kompaktkamera über keinen Spiegel verfügen, aber wie die Spiegelreflexkamera die Möglichkeit bieten, verschiedene Objektive auf das Gehäuse zu montieren. 367. In Zusammenhang mit den beiden Konstruktionstypen von Kameras mit Wechselobjektiv (Kameras mit Spiegel und Kameras ohne Spiegel) stellt sich die Frage, ob der Markt für Digitalkameras mit Wechselobjektiv je nach Konstruktionstyp zu segmentieren ist. Nikon verneint dies mit dem Argument, dass die Bilderstellungstechnik (digitale Spiegelreflextechnik oder spiegellose Digitaltechnik) im Bereich der Digitalkameras für den Endverbraucher und die Branche nur noch eine untergeordnete Bedeutung habe. Von grösserer Bedeutung sei, ob eine Digitalkamera über ein fest installiertes Objektiv oder über Wechselobjektive verfüge. Wichtig sei in dieser Hinsicht vor allem die Geschwindigkeit des Autofokus und des Bildverarbeitungsprozessors der Kamera sowie die Qualität und Lichtempfindlichkeit des Objektivs. Bei Kameras mit Wechselobjektiven sei die Leistung mit Bezug auf diese Funktionen wesentlich höher als bei Kameras ohne Wechselobjektiv. 368. In Anbetracht dieses Arguments sowie der Tatsache, dass es sich bei der spiegellosen Digitaltechnik um eine Innovation handelt, die erst im Jahr 2008 durch Olympus und Panasonic auf den Markt gebracht wurde – sie wird heute zusätzlich von Sony, nicht jedoch von Nikon

angeboten – und deshalb im Vergleich zur Spiegelreflextechnik weitaus geringere Umsätze generieren dürfte, verzichtet die WEKO auf eine Segmentierung des Marktes für Digitalkameras mit Wechselobjektiven nach Konstruktionstyp (mit/ohne Spiegel). 369. Jedoch ist nach Ansicht von Nikon eine Segmentierung des Marktes für Kameras mit Wechselobjektiv je nach Leistung bzw. Qualität angezeigt: Bei Kameras mit Wechselobjektiv gibt es beträchtliche Leistungs- bzw. Qualitätsunterschiede, welche sich im Preis niederschlagen. Auf dem Markt wird denn auch je nach Bedürfnis eine breite Preis- und Qualitätspalette von der günstigen Einsteigerkamera bis zur hochwertigen Kamera für anspruchsvolle Konsumenten angeboten. Laut einem Beitrag der Konsumentenzeitschrift Saldo würden heute immer häufiger Einsteigermodelle für rund CHF 600 angeboten. Semiprofessionelle Geräte gebe es für CHF 1'000 bis CHF 2'000; Profimodelle würden schnell mehrere tausend Franken kosten.¹²⁵ 370. Gemäss Nikon sind diese Leistungs- bzw. Qualitätsunterschiede zwischen Kameras für professionelle Fotografen (Pro-Segment, Pro-DSLR) und den übrigen Kameras (Hobby-Segment, Hobby-DSLR) derart signifikant, dass die beiden Segmente eigene sachlich relevante Märkte darstellen würden. Pro-DSLR Kameras (Nikon

125 Vgl. Spiegelreflexkameras – nicht nur für Profis geeignet, Saldo, 02/2010.

22/2010/00038/COO.2101.111.4.153527 79

„D3S/D3X“¹²⁶) würden nur von einer sehr kleinen Kundengruppe nachgefragt, die zu ca. 90 % aus Berufsfotografen bestehe. Diese Kunden würden auch bei einem geringen, aber signifikanten und dauerhaften Preisaufschlag von 5–10 % nicht auf eine Hobby-DSLR umsteigen (SSNIP-Test¹²⁷). Somit bestehe aus Sicht der Berufsfotografen nur eine sehr geringe Substituierbarkeit zwischen Pro-DSLR und Hobby-DSLR Kameras. Für die in Bezug auf Qualität und Funktionalität hochwertigen D3-Kameras seien Berufsfotografen denn auch bereit, einen deutlich höheren Preis zu bezahlen (ab ca. CHF 5'500 für die Nikon D3S) verglichen mit der teuersten Kamera im Hobby-DSLR Segment (ca. CHF 2'400 für die D700 für ambitionierte Amateure). Zudem würden die unterschiedlichen Verkaufskanäle für eine Marktsegmentierung sprechen: Pro-DSLR Kameras seien in der Regel dem hoch spezialisierten Fachhandel vorbehalten, welcher verschiedene Dienstleistungen für Berufsfotografen erbringe (z.B. Wartung und Reparaturen). Berufsfotografen seien darauf angewiesen, dass sie weltweit unverzüglich Support- und Serviceleistungen des Herstellers in Anspruch nehmen könnten. Einzig Nikon und Canon seien in der Lage, diese Ansprüche zu erfüllen. Dementsprechend führten keine anderen Hersteller vergleichbare Kameras des Pro-DSLR Segments im Angebot. 371. Die von Nikon dargelegten Argumente legen nahe, dass in Bezug auf Digitalkameras mit Wechselobjektiv zwei sachlich relevante Märkte voneinander zu unterscheiden sind: Digitalkameras mit Wechselobjektiv für professionelle Fotografen (Pro-DSLR) und Digitalkameras mit Wechselobjektiv ohne professionelle Kameras (Hobby-DSLR). 372. Obwohl die Argumente von Nikon, die für eine Segmentierung des Produktmarktes für Digitalkameras mit Wechselobjektiv sprechen, plausibel erscheinen, wird die Frage nach der genauen Marktabgrenzung offen gelassen, da sie das Ergebnis der vorliegenden Untersuchung aus folgenden Gründen nicht beeinflusst: Erstens betreffen die Bezugsbeschränkungen und Exportverbote beide Segmente (vgl. Rz 323). Zweitens bestehen laut beschlagnahmter E-Mail Korrespondenz und der nachfolgenden Analyse betreffend Arbitragemöglichkeiten (vgl. Rz 387 ff.) in beiden Segmenten Arbitragemöglichkeiten (vgl. Rz 428), deren Ausnutzung durch Parallelhändler einen Anreiz

geben können, Parallelhandel zu unterbinden. Drittens ist davon auszugehen, dass Nikon im Pro-Segment über [...] Marktanteile verfügt als im Gesamtmarkt „Digitalkameras mit Wechselobjektiv“ (vgl. hierzu Rz 462). Im Pro-Segment sind nämlich lediglich Nikon und Canon tätig. Andere Hersteller wie z.B. Olympus oder Sony haben laut Angaben von Nikon keine vergleichbaren Kameras des Pro-Segments im Angebot, die den hohen Ansprüchen der Berufsfotografen genügen würden. Darüber hinaus gehören die Kameras im Pro-Segment [...] im Bereich Digitalkameras mit Wechselobjektiv (vgl. Tabelle 2 Anhang E.1). Nikon Schweiz erzielt [...] im Bereich Digitalkameras mit Wechselobjektiv im Pro-Segment. Angesichts dieser Umsatzanteile sowie der [...] Marktanteile im Pro-Segment haben die nachfolgenden Aussagen zur Wettbewerbsintensität im Produktbereich Digitalkameras mit Wechselobjektiv auch Gültigkeit bei einer isolierten Betrachtung der einzelnen Segmente. Schliesslich bleibt darauf hinzuweisen, dass auch das Marktforschungsinstitut GfK den Bereich Digitalkameras mit Wechselobjektiv nicht weiter segmentiert. Somit stünden aus dieser Quelle keine Daten für die vorliegende Analyse zur Verfügung. Vor diesem Hintergrund werden die beiden Marktsegmente in der nachfolgenden wettbewerbsrechtlichen Analyse gemeinsam betrachtet.

126 Vgl. Fn 36. 127 Der sogenannte SSNIP-Test (Small but Significant and Non-transitory Increase in Prices) erfasst die Reaktion von Nachfragern auf Preiserhöhungen quantitativ.

22/2010/00038/COO.2101.111.4.153527 80

Kein Gesamtmarkt für Digitalkameras 373. Die WEKO ging im Zusammenhang mit der Marktabgrenzung von Digitalkameras ebenfalls der Frage nach, ob Digitalkameras mit und ohne Wechselobjektiv einem Gesamtmarkt für Digitalkameras zuzuordnen sind. Folgende Elemente sprechen gegen eine solche Marktabgrenzung: ■ Mangelnde Substituierbarkeit aus Sicht der Nachfrager von Kameras ohne Wechselobjektiv: Infolge des höheren Preisniveaus von Kameras mit Wechselobjektiv (vgl. Abbildung 2) dürfte es für einen potenziellen Nachfrager nach einer Kamera ohne Wechselobjektiv in der Regel zu teuer sein, eine Kamera ohne Wechselobjektiv durch eine mit Wechselobjektiv zu substituieren. Zudem stellen Kameras mit Wechselobjektiven im Schnitt höhere Anforderungen an den Fotografen als Kameras ohne Wechselobjektive. Die befragten Kamerahersteller – darunter Nikon – geben denn auch mehrheitlich an, dass nicht eine Kamera mit Wechselobjektiv das beste Ersatzprodukt für eine Kamera ohne Wechselobjektiv darstelle, sondern vielmehr eine Mobiltelefonkamera. Im Übrigen verneinte Nikon die Frage, ob eine Preiserhöhung von 10 % auf digitalen Kameras ohne Wechselobjektive bei Konstanz der Preise von Kameras mit Wechselobjektiven einen Durchschnittskonsumenten dazu veranlassen würde, eine digitale Kamera mit Wechselobjektiv zu kaufen (sog. SSNIP-Test [vgl. Fn 127]). Dieses vermutete Konsumentenverhalten spricht gegen eine breitere Marktdefinition. Abb. 2: Preisvergleich Digitalkameras mit und ohne Wechselobjektiv April 2009 bis April 2010 [...] Quelle: GfK. ■ Asymmetrische Substituierbarkeit aus Sicht der Kamerahersteller: Die Befragung der Kamerahersteller ergab, dass die Umstellung der Produktion von Kameras mit Wechselobjektiv auf Kameras ohne Wechselobjektiv einfach möglich ist, da für die Herstellung von digitalen Kameras mit Wechselobjektiv eine höherwertige Technologie erforderlich ist als für die Herstellung digitaler Kompaktkameras ohne Wechselobjektiv. Alle Hersteller von Kameras mit Wechseloptik bieten denn auch Kameras ohne Wechseloptik an. Laut Nikon bestehe heute zudem die Möglichkeit, die Produktion oder Teile der Produktion für digitale Kompaktkameras ohne Wechselobjektiv an Erstausrüster auszulagern. Unter diesen Voraussetzungen könne ein Hersteller von

digitalen Kameras mit Wechselobjektiv innerhalb eines Jahres auf die Herstellung und den Verkauf von Kompaktkameras ohne Wechselobjektiv umstellen. Die damit verbundenen Umstellungskosten würden von verschiedenen Faktoren abhängen, wie beispielsweise von der Benutzung von Outsourcing-Möglichkeiten, der Strategie, vom Budget, vom Marktanteil und von der Grösse des Unternehmens. Im Rahmen einer Produktionsumstellung bestehe ein grosses Potential zur Nutzung von Synergien, sowohl mit Bezug auf Herstellung wie auch auf die Vermarktung und Markenbildung/Branding. Auch die Umstellung der Produktion von digitalen Kompaktkameras ohne Wechselobjektiv auf digitale Kameras mit Wechselobjektiv sei grundsätzlich möglich, infolge der qualitativen Unterschiede und Patente im Bereich der Spiegelreflextechnologie jedoch nur mit erheblichem Investment bzw. einer Partnerschaft zu bewältigen. Momentan bestehe für Kameras mit Wechselobjektiv auch keine Möglichkeit des Outsourcing an Erstausrüster. Zudem sei mit längeren Produktionsumstellungszeiten zu rechnen und die Möglichkeiten zur Nutzung von Synergien seien begrenzter.

22/2010/00038/COO.2101.111.4.153527 81

Zusammenfassend ist von einer asymmetrischen Produktionsumstellungsflexibilität der Kamerahersteller auszugehen: Die Produktionsumstellung von Kameras mit Wechselobjektiv auf Kameras ohne Wechselobjektiv ist einfacher als umgekehrt. Insgesamt wird die vorhandene Angebots substituierbarkeit jedoch nicht als genügend hoch erachtet, um von einem Gesamtmarkt für Digitalkameras auszugehen. Wechselobjektive (Einzelausführung) 374. Wechselobjektive in Einzelausführung werden als Zubehör für Kameras mit Wechselobjektiv angeboten. Es gibt Wechselobjektive für unterschiedliche Anwendungen (Makroaufnahmen, Landschaftsaufnahmen, Architekturaufnahmen, Sportfotografie etc.). Weiter kann zwischen Objektiven mit Fixbrennweiten und Zoom-Objektiven¹²⁸ sowie zwischen Objektiven mit manueller und solchen mit automatischer Schärfstellung unterschieden werden. Wechselobjektive verfügen zudem über verschiedene Lichtstärken¹²⁹. Sie werden mittels genormtem Verschluss an eine Kamera mit Wechselobjektivvorrichtung befestigt. Wechselobjektive werden von Kameraherstellern und von spezialisierten Objektivherstellern wie Tamron angeboten. Sie ermöglichen die Abdeckung eines breiten fotografischen Spektrums. 375. Eine Unterteilung des Marktes für Wechselobjektive scheint nicht sachgerecht zu sein: Wechselobjektive lassen sich zwar auf der Grundlage gewisser technischer Werte sowie von Qualitätsmerkmalen unterscheiden. Als Unterscheidungsmerkmale könnten beispielsweise die Lichtstärke, die Brennweite (Fixbrennweite/Zoom) des Wechselobjektivs oder das Format des Bildsensors (FX/DX)¹³⁰ dienen. Hersteller von Wechselobjektiven verfügen jedoch über eine hohe Angebotsumstellungsflexibilität über die gesamte Breite der heute angebotenen Lichtstärken, Brennweiten und Bildsensorformate hinweg. Dementsprechend führen auch alle Hersteller von Wechselobjektiven – nämlich Canon, Sigma, Tamron, Tokina, Sony, Olympus, Zeiss, Pentax, Samyang und Nikon (Nikkor) – als Vollsortimentanbieter die gesamte Produktpalette im Verkaufssortiment. Weiter lassen sich innerhalb des Geschäfts mit Wechselobjektiven keine Preisgruppen bilden, sondern es besteht ein preisliches Kontinuum über die gesamte Produktbreite hinweg. Blitzgeräte 376. Blitzgeräte (auch Elektronenblitzgeräte genannt) dienen dazu, die natürlichen Lichtverhältnisse zu verändern. Sie werden im Alltagsgebrauch (z.B. zur Aufnahme von Schnappschüssen), zu Hobbyzwecken (z.B. für die Reisefotografie) und in der professionellen Fotografie (z.B. Reportage- und Studiofotografie) eingesetzt und von Fotogra-

Die-Einsteigern, Hobbyfotografen sowie von professionellen Fotografen gekauft. 377. Blitzgeräte lassen sich in mobile Blitzgeräte und Studioblitz unterteilen oder können auch auf der Grundlage der sogenannten Leitzahl unterschieden werden.

128 Gewisse Wechselobjektive verfügen über eine fixe Brennweite, was bedeutet, dass diese Wechselobjektive über keine Zoom-Funktion verfügen. Wechselobjektive mit Zoom-Funktion decken verschiedene Brennweiten ab. 129 Anhand der Lichtstärke eines Wechselobjektivs lässt sich beurteilen, wieviel Originalhelligkeit eines Gegenstandes auf den Sensor übertragen wird. 130 Die lichtempfindliche Fläche eines DX-Format-Bildsensors hat eine andere Grösse als die eines FX-Format-Bildsensors. Das FX-Format basiert auf der Bildgrösse eines Kleinbildfilmes (24 x 36 mm), während die Sensorgrösse beim DX-Format ungefähr 16 x 24 mm beträgt. 131 Die Leitzahl beziffert die Lichtenergie eines Blitzgerätes und bezieht sich auf die Helligkeit, die ein Blitz erzielen kann. Die Leitzahl der verschiedenen Kameraprodukte steigt graduell an.

22/2010/00038/COO.2101.111.4.153527 82

Wie nachfolgend dargelegt wird, scheint es dennoch nicht sachgerecht zu sein, den Markt für Blitzgeräte zu segmentieren. 378. Bis vor ungefähr sieben Jahren wurde in der Branche grundsätzlich zwischen mobilen Blitzgeräten und Studioblitzanlagen unterschieden. Heute sind die beiden Gerätetypen aufgrund der fortgeschrittenen Technologie weitgehend austauschbar geworden: Einerseits sind die Funktionen der mobilen Blitzgeräte in den letzten Jahren stetig verbessert worden, so dass sie heute vergleichbare Resultate erzielen wie die meisten Studioblitzanlagen. Deshalb sind sie heute auch im Studio einsetzbar. Andererseits sind Studioblitzausrüstungen wesentlich kleiner und handlicher geworden, so dass diese auch im Aussenbereich zum Einsatz kommen. Zudem werden heute spezielle Lichteffekte nicht mehr mit dem Blitz erzielt, sondern zunehmend mithilfe der nachträglichen Bildbearbeitung am Computer in das Bild eingefügt. 379. Nebst dieser Zunahme der Substituierbarkeit von mobilen Blitzgeräten und Studioblitzanlagen während der letzten Jahre scheint eine Segmentierung des Marktes für Blitzgeräte auch deshalb nicht sachgerecht zu sein, weil sich innerhalb des Geschäfts mit Blitzgeräten keine Preisgruppen bilden lassen. So sind Studioblitzanlagen teilweise günstiger als mobile Blitzgeräte. Darüber hinaus steht Nikon laut eigenen Angaben im direkten Wettbewerb mit Herstellern von Studioblitzanlagen, obwohl Nikon selbst ausschliesslich mobile Blitzgeräte herstellt. Zwar würde der Eintritt von Nikon in das Geschäft mit Studioblitzanlagen [...] erfordern. Aufgrund der hohen Substituierbarkeit der Nachfrage [...]. Nikon verfolge die Geschäftsstrategie, [...]. 380. Auch eine Segmentierung des Marktes von Blitzgeräten hinsichtlich deren Leitzahl ist nicht angezeigt, da die Leitzahl der verschiedenen Kameraprodukte graduell ansteigt und Blitzgeräte mit unterschiedlichen Leitzahlen keinen Preisgruppen zugeordnet werden können. Blitzgeräte mit identischen Leitzahlen werden sodann in unterschiedlichen Preissegmenten angeboten. Fazit 381. Im vorliegenden Fall sind die folgenden sachlich relevanten Märkte voneinander zu unterscheiden: ■ Digitalkameras ohne Wechselobjektiv; ■ Digitalkameras mit Wechselobjektiv: Ob dieser Markt weiter zu segmentieren ist in den Markt für Digitalkameras mit Wechselobjektiv für professionelle Fotografen (Pro-DSLR) und Digitalkameras mit Wechselobjektiv ohne professionelle Kameras (Hobby-DSLR) wird vorliegend offen gelassen, da die Ergebnisse der Untersuchung dadurch nicht beeinflusst werden. Vor diesem Hintergrund werden die beiden Marktsegmente in der nachfolgenden wettbewerbsrechtlichen Analyse gemeinsam betrachtet; ■ Wechselobjektive; ■ Blitzgeräte. B.3.2.2.1.2. Räumlich relevante Märkte

382. 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 lit. b VKU, analog). 383. Wie in Rz 357 erwähnt, bilden auf der Absatzseite die Distributoren (Grosshändler) und Direktkunden die Marktgegenseite von Nikon. Auch wenn deren Nachfrage

22/2010/00038/COO.2101.111.4.153527 83

nach Nikon Imaging Produkten wiederum vom Nachfrageverhalten der Endverbraucher geleitet wird (abgeleitete Endnachfrage), kann sich die räumliche Dimension des relevanten Marktes aus Sicht der direkten Nachfrager (Gross- und Retailhändler) von jener aus Sicht der indirekten Nachfrager (Endverbraucher) unterscheiden, etwa infolge eines unterschiedlichen Nachfragevolumens oder weil ein ganzes Sortiment nachgefragt werden muss. Deshalb wird die räumliche Dimension des Absatzmarktes nachfolgend aus Sicht der direkten Abnehmer betrachtet. Es bleibt darauf hinzuweisen, dass die Einnahme der Perspektive der direkten Abnehmer die räumliche Marktdimension in der Tendenz vergrössert, da der typische Endkunde infolge geringerer Einkaufsmengen und der damit verbundenen höheren Transaktionskosten pro Stück im Vergleich zu Gross- und Einzelhändlern innerhalb eines tendenziell kleineren Einkaufsradius einkauft.¹³² 384. Die EU-Kommission hat bisher offen gelassen, ob die Märkte für Kameras national oder EWR-weit abzugrenzen sind.¹³³ Im vorliegenden Fall sprechen folgende Faktoren dafür, dass sämtliche relevanten Produktmärkte eine nationale Dimension haben: ■ In allen betrachteten Produktgruppen sind Produkte zu identifizieren, deren Preise in der Schweiz und anderen (europäischen) Ländern unterschiedlich hoch sind. Diese Preisunterschiede schlagen sich in Arbitragemöglichkeiten in allen Produktgruppen nieder (vgl. Rz 387 ff. und 482). Weil diese Preisunterschiede u.a. wechselkursbedingt sind, fallen sie zwischen der Schweiz und dem Euro-raum tendenziell höher aus als zwischen einzelnen Ländern im Euroraum. ■ Den Vertrieb in Europa organisieren die verschiedenen Hersteller grundsätzlich entweder über ihre eigenen Niederlassungen bzw. Länderorganisationen in den jeweiligen Ländern oder über Generalimporteure. In der Schweiz verfügen Nikon, Sony, Olympus und Canon über eine eigene Niederlassung oder Landesorganisation; Panasonic, Elinchrom, Tamron und Sigma sind durch Generalimporteure vertreten. Die Notwendigkeit von nationalen Ländergesellschaften wird in der Regel durch spezifische Vertriebs- und Kundencharakteristika, welche eine Marktbearbeitung mit dem entsprechenden Know-how vor Ort erfordern, begründet. Deshalb spricht die Existenz von nationalen Niederlassungen für eine nationale Marktabgrenzung. ■ Einige nationale Vertriebsgesellschaften und Generalimporteure gewähren eigens finanzierte, erweiterte Garantieleistungen für Produkte, die sie selbst importiert haben. So gewährt Nikon Schweiz mit der im August 2009 eingeführten „Nikon Swiss Garantie“ eine erweiterte Garantie für Kameras (Garantieverlängerung von einem auf zwei Jahre) sowie für Objektive und Blitzgeräte (Garantieverlängerung von einem auf drei Jahre). Der Generalimporteur von Tamron-Produkten gewährt eine Garantieverlängerung von einem auf drei Jahre auf Objektiven, Fujifilm (Switzerland) AG eine Verlängerung von einem auf zwei Jahre. Der Generalimporteur von Sigma-Objektiven bietet sogar eine lebenslange Garantie auf eigens eingeführten Produkten an. Werden solche erweiterten Garantien aufgrund der Präferenzen der Endkunden in einem Land rege nachgefragt, werden weniger Produkte mit einer geringeren Garantieleistung importiert. Laut Aussage von Marktteilnehmern ist die erweiterte Garantie von Nikon für Schweizer Kunden ein

wichtiges Verkaufsargument. Schweizer Kunden seien dementsprechend be-

132 Diese Einschätzung schliesst nicht aus, dass gewisse Endkunden Imaging Produkte über den Internet-Kanal im Ausland bestellen. Wird der durchschnittliche Einkaufsradius der Endkunden mit jenem der Händler verglichen, dürfte Ersterer in aller Regel jedoch kleiner ausfallen. 133 Vgl. KOMM, COMP/M.3091, 11.07.2003, Rz 29 ff., Konica/Minolta.

22/2010/00038/COO.2101.111.4.153527 84

reit, für die Garantie einen Preisaufschlag in Höhe von ca. 10 % zu zahlen. Ein solches Nachfrageverhalten spricht ebenfalls für eine nationale Marktabgrenzung. ■ Der Anteil an Parallelimporten am Gesamtvolumen der in der Schweiz abgesetzten Imaging Produkten variiert laut Schätzungen der befragten Hersteller vom tiefen einstelligen Bereich bis zu beträchtlichen 45 %. Die hohen Importschätzungen stammen jedoch von einem Hersteller, der seinen Vertrieb in der Schweiz über einen Generalimporteure organisiert hat und insofern eine Ausnahme darstellt. Die Importquote von Nikon Imaging Produkten lag im Zeitraum 2005 bis 2007 laut Angaben von Nikon zwischen [...] % und im Zeitraum 2008 bis 2009 infolge Wechselkursveränderungen sowie der zunehmenden Preistransparenz durch das Internet bei [...] % (vgl. Rz 431). Basierend auf Angaben von Schweizer Distributoren und Retailhändlern ergeben sich für den Zeitraum 2008 bis 2009 Importquoten zwischen 3–10 % auf Grosshandelsebene und zwischen 7–8 % auf Retailhandelsebene (vgl. Rz 434). In Anbetracht dieser Zahlen ist festzuhalten, dass von der Importtätigkeit der Schweizer Händler zwar ein gewisser disziplinierender Effekt ausgeht, welcher bei der nachfolgenden wettbewerbsrechtlichen Analyse (vgl. Rz 483) berücksichtigt wird. Die vorhandene Importtätigkeit reicht unter Berücksichtigung der übrigen oben genannten Elemente, welche für eine nationale Marktabgrenzung sprechen, jedoch nicht aus, um den Markt grösser als national zu definieren. ■ Das Vertriebssystem von Nikon weist europaweit [...] auf. Die einzelnen Nikon Niederlassungen verfügen laut Aussagen von Nikon denn auch über eine [...]. Wie bereits erwähnt, ist der Vertrieb in den einzelnen Ländern entweder über eigene Niederlassungen oder über Generalimporteure organisiert. Ferner ist der Vertrieb in den [...] europäischen Ländern ([...]) offen – d.h. weder selektiv noch exklusiv – gestaltet. In [...] und (seit 2009) der Schweiz besteht ein Selektivvertrieb. In jenen Ländern, in welchen Nikon ihre Produkte über Generalimporteure vertreibt ([...] etc.), ist der Vertrieb oft exklusiv organisiert. Diese unterschiedliche Gestaltung des Vertriebssystems in den einzelnen Ländern spricht ebenfalls für eine nationale Marktabgrenzung. ■ Nach Ansicht von Nikon ist die räumliche Dimension der relevanten Produktmärkte grösser als national. Die Abgrenzung nationaler räumlicher Märkte stehe im Widerspruch zum Zweck der gesamten Untersuchung. Die nationale räumliche Abgrenzung bedeute, dass in- und ausländische Nikon Imaging Produkte von Händlern und Endverbrauchern nicht als substituierbar betrachtet würden. Ohne eine Nachfrage für ausländische Produkte hätte jedoch ein absoluter Gebietschutz gar keine Auswirkungen auf den Wettbewerb. Dieses Vorbringen stösst ins Leere: Es ist sehr wohl denkbar, dass Händler und Endverbraucher ein im In- und Ausland identisches Produkt, das aus Nachfragersicht an sich sehr gut substituierbar ist und wofür eine grosse Nachfrage besteht, nicht importieren, weil etwa staatliche oder private Marktschranken – wie etwa Behinderungen von Parallelhandel – bestehen und sich deshalb ein Import nicht lohnt oder erst gar nicht möglich ist. Im Übrigen basiert die geografische Marktabgrenzung nicht auf dem Verhalten eines Marktteilnehmers allein, sondern auf dem Verhalten sowie den Marktstrukturen einer ganzen Branche.

Entsprechend beziehen sich die obigen Ausführungen zur räumlichen Marktabgrenzung auf Aussagen aller Hersteller von Imaging Produkten und nicht nur auf jene von Nikon. 385. Die obigen Ausführungen sprechen gegen homogene Wettbewerbsbedingungen in der Schweiz und dem EWR. Deshalb wird der räumlich relevante Markt für alle sachlich relevanten Märkte national abgegrenzt.

22/2010/00038/COO.2101.111.4.153527 85

B.3.2.2.2. Intrabrand-Wettbewerb 386. Zur Analyse des Ausmasses an Wettbewerb zwischen Anbietern von Nikon Imaging Produkten in den verschiedenen sachlich relevanten Märkten wird geprüft, ob Parallel- und Direktimporte¹³⁴ von Nikon Imaging Produkten in jedem Produktmarkt in genügendem Umfang getätigt wurden bzw. hätten getätigt werden können, um disziplinierend auf das Wettbewerbsgeschehen zu wirken. Hierzu wird untersucht, ob überhaupt eine Arbitragemöglichkeit gegeben war (B.3.2.2.2.1.) und ob Parallelimporte tatsächlich getätigt wurden (B.3.2.2.2.2.). Möglicherweise herrscht auf dem Schweizer Markt zwischen Nikon Händlern unabhängig von allfälligen Parallelimporten ein funktionierender Intrabrand-Wettbewerb hinsichtlich Preis und Service. Dieser Frage wird in Abschnitt B.3.2.2.2.3. nachgegangen. B.3.2.2.2.1.

Arbitragemöglichkeit Vorbemerkung 387. Eine wichtige Voraussetzung für die Ausübung von Parallelhandel durch Händler und/oder Direktimporte durch Endkunden und somit für den Anreiz, den Wettbewerb auf einem Markt durch Behinderung oder Verhinderung von Parallel- und Direktimporten zu beeinträchtigen oder zu beseitigen, sind internationale Preisunterschiede bzw. Arbitragemöglichkeiten.¹³⁵ Zunächst stellt sich deshalb die Frage, ob es sich für Schweizer Distributoren, Retailhändler und Endkunden aufgrund bestehender Preisdifferenzen zum Ausland lohnt, Nikon Imaging Produkte (parallel) zu importieren. Im Zentrum des Interesses stehen dabei mögliche Preisunterschiede bei Gross- und Retailhandelspreisen, da die hier beanstandeten Massnahmen von Nikon auf die Behinderung oder Verhinderung von Parallelimporten durch Grosshändler und Retailer abzielten. Für eine allfällige Behinderung von Direktimporten durch Endkunden (etwa durch die Verweigerung von Garantieleistungen bei importierten Produkten) ergaben sich keine glaubhaften Anhaltspunkte (vgl. unten Rz 442 f.). Der Vollständigkeit halber werden die Preisunterschiede dennoch auf allen drei Ebenen (Grosshandel, Retailhandel, Endkunden) untersucht. 388. Für den internationalen Preisvergleich stehen vor allem Preisdaten aus den Jahren 2009 und 2010 zur Verfügung. Im Laufe der Untersuchung zeigte sich, dass die Abrede für die Zeitperiode von Frühling 2008 bis Herbst 2009 rechtsgenügend nachgewiesen werden kann. Somit deckt sich die Zeitperiode, für welche die Preisdaten vorhanden sind, nicht vollumfänglich mit der Untersuchungsperiode. Dennoch erlauben die Preisdaten aus den Jahren 2009 und 2010 Rückschlüsse auf das Arbitragepotenzial im Zeitraum 2008, da das Arbitragepotenzial im Jahr 2008 im Vergleich zu den Jahren 2009 und 2010 gemäss Aussagen von Marktteilnehmern höher war. Mit anderen Worten gelten die unten stehenden Ausführungen zu internationalen Preisunterschieden in den Jahren 2009 und 2010 umso mehr für das Jahr 2008. Internationale Unterschiede der Grosshandels-Einstandspreise 389. Zur Analyse internationaler Preisunterschiede auf Grosshandelsebene fragte das Sekretariat Distributoren (Grosshändler) von Nikon Imaging Produkten in der Schweiz und Liechtenstein nach jenen parallel importierten Produkten, bei welchen die Einspa-

¹³⁴ Von Parallelimporten wird gesprochen, wenn Schweizer Händler über den inoffiziellen Kanal im Ausland Nikon Imaging Produkte beschaffen (siehe Fn 1). Ein Einkauf von

Endkunden im Ausland wird Direktimport genannt. 135 Nebst Preisunterschieden kann auch die mangelnde Verfügbarkeit von gewissen Produkten Anreiz zu Parallelhandel geben (vgl. Rz 513 f.).

22/2010/00038/COO.2101.111.4.153527 86

zung bei einem Bezug im Ausland am grössten war. Tabelle 1 in Anhang E.1 fasst die Antworten der Grosshändler zusammen. 390. Der Tabelle ist zu entnehmen, dass die Einsparungen beim Import in den Jahren 2009 bis 2010 in der Produktgruppe Digitalkameras mit Wechselobjektiv zwischen [0- 10] % und [0-10] % und in der Produktgruppe Wechselobjektive zwischen [10-20] % und [40-50] % lagen. Die Tabelle enthält lediglich Beispiele für die Produktgruppen Di- gitalkameras mit Wechselobjektiv und Wechselobjektive. Laut Angaben von [...] wer- den jedoch Produkte aus allen vier relevanten Produktmärkten (Kompaktkameras, Digi- talkameras mit Wechselobjektiv, Wechselobjektive und Blitzgeräte) importiert. Die feh- lenden Angaben für die Produktmärkte Kompaktkameras und Blitzgeräte dürften mit der von den befragten Marktteilnehmern geltend gemachten fehlenden Verfügbarkeit der Vergleichszahlen bei einem Bezug in der Schweiz zu begründen sein (vgl. auch Rz 391). 391. In diesem Zusammenhang ist der Hinweis eines liechtensteinischen Grosshänd- lers interessant, welcher angab, dass in den Jahren 2008 und 2009 aufgrund der zu- nehmend hohen Warenbezugspreise bei Nikon Schweiz bedeutend mehr im Ausland eingekauft wurde als bei Nikon Schweiz. Die durchschnittlichen Einsparungen bei ei- nem Bezug ausserhalb der Schweiz konnte der Distributor auf Nachfrage des Sekreta- riats jedoch nicht beziffern, weil die Beschaffungsentscheide einzelfallweise aufgrund von aktuellen Preisvergleichen und Verfügbarkeitsüberlegungen getroffen würden. Zu- dem würden die Einkaufspreise auch über einen kurzen Zeitraum von einem oder we- nigen Monaten starken Schwankungen unterliegen, was beispielsweise auf Monatsen- daktionen zurückzuführen sei. Schliesslich sei ein internationaler Vergleich der Waren- bezugspreise auch infolge des schwankenden Wechselkurses zwischen dem Euro (bei einem Bezug in Deutschland) und dem Schweizer Franken (bei einem Bezug in der Schweiz) schwierig. 392. Nikon kritisiert den vorgenommenen Preisvergleich in Tabelle 1 in Anhang E.1 mit den folgenden Argumenten: ■ Erstens würde er sich auf eine extrem dünne und für eine repräsentative Analyse unbrauchbare Datenbasis abstützen; ■ Zweitens sei [...] von einem unzutreffenden Vergleichspreis von Nikon Schweiz ausgegangen. Zur Richtigstellung des Preisvergleichs von [...] und der Tabelle 1 in Anhang E.1 stellte Nikon in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats ihre Rechnungspreise¹³⁶ (vor Skonti) für die Periode vom 1. Juni 2009 bis 31. März 2010 für die von [...] bezeichneten Produkte zusammen. Diese Über- sicht mache deutlich, dass die Rechnungspreise von Nikon Schweiz in vielen Fäl- len gar unter den von [...] behaupteten Importpreisen liegen würden; ■ Drittens seien viele der verwendeten zehn Datensätze irrelevant, da der behaup- tete Importpreis von einem Produkt aus einem Gebiet (Hong Kong) stamme, in dem gar keine Abrede behauptet werde. 393. Diese Kritik stösst ins Leere: ■ Ad erstens: Es wurde nie behauptet, der vorgenommene Preisvergleich sei re- präsentativ. Es handelt sich um eine Aufstellung sämtlicher verwertbaren Daten, welche die Händler den Wettbewerbsbehörden zur Verfügung stellten.

136 Quelle: SAP von Nikon.

22/2010/00038/COO.2101.111.4.153527 87

■ Ad zweitens: Den von Nikon zur Verfügung gestellten SAP-Auszügen ist in der Tat zu entnehmen, dass gewisse Grosshändler die in Tabelle 1 in Anhang E.1 aufgeführten Produkte von Nikon Schweiz punktuell zu tieferen Preisen bezogen haben als [...] beim Bezug im Ausland. Berücksichtigt man hingegen den durchschnittlichen Bezugspreis der Schweizer Grosshändler bei einem Bezug bei Nikon Schweiz gemäss SAP-Auszug von Nikon, wird deutlich, dass die Angaben von [...] dadurch nicht grundsätzlich in Frage gestellt werden (vgl. Tabelle 1 Anhang E.1). Lediglich die neu berechnete Preisdifferenz beim Objektiv NIKKOR AF-S DX 18-200/3.5-5.6G ED VR II in Höhe von [0-10] % dürfte nach Abzug von Skonti und sonstigen nachgelagerten Konditionen (Sonderrabatte und Kick-backs) vernachlässigbar sein. Hingegen erhöht sich das Arbitragepotenzial bei einem anderen Objektiv (NIKKOR Objektiv AF-S DX VR 55-200/4-5.6G IF-ED) mit den Daten von Nikon von [40-50] % auf [40-50] %.

■ Ad drittens: In Hong Kong gibt es laut Angaben von Nikon keine [...] zwischen der Nikon Niederlassung in Hong Kong und den Nikon Händlern. Nikon Hong Kong beliefert ihre Händler auf Grundlage von [...], welche keine Bestimmungen zu Parallelhandel, Export in andere Länder oder Vertragsgebieten enthalten würden. Dennoch macht es Sinn, auch Arbitragepotenziale in Hong Kong zu berücksichtigen, zumal die Begrenzung des Bezugsgebiets im alten Grossistenvertrag sowie in den „D3S/D3X“- und den „NPSD“-Verträgen auch Bezüge in Hong Kong verboten. Darüber hinaus waren Preisunterschiede zu Hong Kong und die Behinderung des dadurch entstehenden Parallelhandels auch Gegenstand interner E-Mail Korrespondenz von Nikon.

394. Weiter stellte Nikon dem Sekretariat die durchschnittlichen Einstandspreise von Distributoren in ganz Europa (inkl. Schweiz) der jeweils fünf umsatzstärksten Nikon Imaging Produkte je Produktmarkt für die Zeitperiode April 2009 bis März 2010 zu. 137 Die fünf umsatzstärksten Nikon Imaging Produkte in jedem Produktmarkt sind der Tabelle 2 in Anhang E.1 zu entnehmen. Diese Daten benutzte das Sekretariat, um einen internationalen Preisvergleich durchzuführen und eine Aussage zu den Arbitragemöglichkeiten der Distributoren zu machen.

395. Bezüglich der zur Verfügung gestellten Einstandspreise brachte Nikon den Vorbehalt an, dass nachgelagerte Konditionen (z.B. [...]) und die Preisreduktion von Nikon per 15. April 2010 infolge des tieferen Eurowechselkurses in den Daten unberücksichtigt blieben. Ferner würden die Nikon Ländergesellschaften in Europa die Rechnungspreise unterschiedlich berechnen: So würden die sog. „cash discounts“ von einigen Ländergesellschaften vor, von anderen Ländergesellschaften hingegen erst nach den Rechnungspreisen in Abzug gebracht. Die Rechnungspreise der Nikon Niederlassungen in Europa seien somit nicht vergleichbar. Hierzu ist anzumerken, dass Preisvergleiche stets mit gewissen Ungenauigkeiten behaftet sind und sie deshalb lediglich Grössenordnungen von Preisdifferenzen – und keine exakten Preisunterschiede – angeben können. Dennoch stellen sie als Indikator von Preisunterschieden ein nützliches Analyseinstrument dar. Darüber hinaus wird den Vorbehalten von Nikon durch eine grosszügig gewählte Filterschwelle (vgl. Rz 400 f.) Rechnung getragen.

396. Nikon kritisiert am vorgenommenen Preisvergleich weiter, dieser liesse keine Aussage über die Arbitragemöglichkeiten eines Schweizer Händlers zu, weil die Preisunterschiede zwischen der Schweiz und dem Ausland auf verschiedenen Handelsstufen berechnet würden: Schweizer Händler könnten Nikon Imaging Produkte nämlich nicht direkt bei einer ausländischen Nikon Niederlassung beziehen, sondern nur bei ei-

137 Quelle: SAP von Nikon.

nem ausländischen Händler, dessen Preise höher seien, weil er seine Kosten und eine Marge draufschlage. Auch diesem Vorbehalt wird unten durch das Setzen einer hohen Filterschwelle (vgl. Rz 400 f.) Rechnung getragen. Darüber hinaus wird der geforderte Vergleich der Bezugspreise bei ausländischen Händlern mit jenen bei Nikon Schweiz oder inländischen Händlern in Tabelle 1 in Anhang E.1 basierend auf die verfügbaren Händlerantworten vorgenommen. 397. Im Folgenden werden die Ergebnisse der Preisanalyse des Sekretariats präsentiert. Abbildung 1 in Anhang E.1 zeigt die Einstandspreise der Distributoren in der Schweiz (Basis) im Ländervergleich mit Deutschland (DE), Grossbritannien (GB), Frankreich (FR), Italien (IT), Österreich (AT), Tschechien (CZ), der Niederlanden (NL), Slowenien (SI) und Schweden (SE). Die Ordinate bildet den Preisindex ab (Schweiz = 100). Liegen die Punkte unterhalb von 100, sind die Produkte in der Schweiz teurer und umgekehrt. Die Abszisse zeigt die verschiedenen Produkte nach Produktnummern, wie sie Tabelle 2 in Anhang E.1 zu entnehmen sind. 398. Der Ländervergleich lässt erkennen, dass die grosse Mehrheit der betrachteten Produkte 138 einzig in den Niederlanden und Slowenien auf der Grosshandelsebene billiger ist als in der Schweiz. In den übrigen Ländern bestehen keine systematischen Preisunterschiede. 399. Das Punktediagramm in Abbildung 2 in Anhang E.1 zeigt zudem für alle beobachteten Produktpreise, ob die jeweiligen Produkte in der Schweiz oder im Ausland teurer sind. Liegen die Punkte unterhalb von 100, sind die Produkte im Ausland billiger und umgekehrt. Im Diagramm liegen 126 von 261 Beobachtungen unter der Schwelle von 100. Somit sind ca. 48 % der beobachteten Preise im Ausland billiger als in der Schweiz. Allerdings variieren die Preisunterschiede innerhalb der einzelnen Produktgruppen beträchtlich: ■ In der Produktgruppe Digitalkameras mit Wechselobjektiven liegen 51 von 72 Beobachtungen unterhalb der Schwelle von 100. Somit sind in dieser Produktgruppe ca. 70 % der beobachteten Preise im Ausland billiger als in der Schweiz. ■ In der Produktgruppe Digitalkameras ohne Wechselobjektiv liegen 35 von 44 Beobachtungen unterhalb der Schwelle von 100. Somit sind in dieser Produktgruppe ca. 80 % der beobachteten Preise im Ausland billiger als in der Schweiz. ■ In der Produktgruppe Objektive liegen 34 von 79 Beobachtungen unter der Schwelle von 100. Somit sind in dieser Produktgruppe ca. 43 % der beobachteten Preise im Ausland billiger als in der Schweiz. ■ In der Produktgruppe Blitzgeräte beträgt der entsprechende Wert lediglich 9 %. ■ Dem Punktediagramm ist auch zu entnehmen, dass die Preisdifferenzen der Produktgruppen Digitalkameras mit und ohne Wechselobjektiv (Punkte bis Laufnummer 116, linke Hälfte des Diagramms) weniger gross sind als jene der Produktgruppen Objektive und Blitzgeräte (Punktwolke ab Laufnummer 117, rechte Hälfte des Diagramms). 400. Schliesslich wurden die Preisdaten gefiltert, um jene Produkte zu identifizieren, die im Ausland bedeutend billiger sind als in der Schweiz. Als Schwellenwert wurde ein Preisunterschied von 15 % gewählt, auch wenn laut beschlagnahmter Nikon interner E-Mail Korrespondenz bereits Preisunterschiede von mehr als 5 % ausreichen, damit

138 Es handelt sich um die Preise der fünf umsatzstärksten Nikon Imaging Produkte in jedem Produktmarkt (vgl. Rz 394).

Händler Parallelimporte tätigen. Diese Filterschwelle erscheint auch vor dem Hintergrund hoch angesetzt, dass das Arbitragepotenzial gemäss Aussage eines Distributors in den Jahren 2008 und 2009 noch grösser war als im hier vorliegenden Vergleichsjahr von April

2009 bis März 2010. 401. Die Filterschwelle wurde deshalb so hoch angesetzt, um den von Nikon genannten Vorbehalten, wonach in den zur Verfügung gestellten Preisdaten diverse Posten bzw. Tatsachen unberücksichtigt blieben (vgl. Rz 395), Rechnung zu tragen. 402. Die Filterung von Preisdifferenzen von mindestens 15 % der betrachteten 139 Einstandspreise für Distributoren (vgl. Tabelle 2 in Anhang E.1) führte zu folgenden Resultaten: ■ In der Produktgruppe Digitalkameras mit Wechselobjektiv sind 4 von 72 Beobachtungen und damit ca. 6 % der betrachteten Distributorenpreise im Ausland mindestens 15 % günstiger als in der Schweiz. ■ In der Produktgruppe Digitalkameras ohne Wechselobjektiv sind 5 von 44 Beobachtungen und damit ca. 11 % der betrachteten Distributorenpreise im Ausland mindestens 15 % günstiger als in der Schweiz. ■ In der Produktgruppe Objektive sind 11 von 79 Beobachtungen und damit ca. 14 % der betrachteten Distributorenpreise im Ausland mindestens 15 % günstiger als in der Schweiz. ■ In der Produktgruppe Blitzgeräte ist das Preisniveau bei allen untersuchten Produkten nicht signifikant (>15 %) tiefer im Ausland. ■ Die Preise im Ausland sind bis zu 36 % billiger als in der Schweiz. 403. Die Filterung zeigt, dass für einzelne Produkte in den Märkten Digitalkameras mit und ohne Wechselobjektiv sowie Objektive sehr wohl ein beträchtliches Arbitragepotenzial besteht, jedoch nicht für die gesamte Produktpalette von Nikon Schweiz. 404. Zusammenfassend führen die verschiedenen Analysen internationaler Unterschiede der Einstandspreise auf Grosshandelsstufe sowie die Angaben der befragten Marktteilnehmer zu folgendem Resultat: ■ Die Schweiz befindet sich bezüglich des Niveaus der Grosshandelspreise im europäischen Mittelfeld; ■ Ein Ländervergleich über alle beobachteten Produkte hinweg zeigt, dass die Grosshandelspreise im Ausland weder systematisch billiger noch systematisch teurer sind als in der Schweiz. Einzig in den Niederlanden und Slowenien ist die grosse Mehrheit der Nikon Imaging Produkte auf der Grosshandelsebene billiger als in der Schweiz; ■ Werden hingegen die Preisunterschiede innerhalb einzelner Produktgruppen fokussiert, zeigt sich, dass Digitalkameras mit und ohne Wechselobjektiv in der grossen Mehrheit der Länder billiger sind als in der Schweiz. Diese Kameras entsprechen ca. 77 % des Gesamtumsatzes von Nikon und stellen somit die zentralen Produktgruppen dar;

139 Es handelt sich um die Preise der fünf umsatzstärksten Nikon Imaging Produkte in jedem Produktmarkt (vgl. Rz 394).

22/2010/00038/COO.2101.111.4.153527 90

■ Die Preisunterschiede übertreffen bei gewissen Produkten die Schwelle von 15 %, welche in casu unter Berücksichtigung aller Erhebungsungenauigkeiten als Daumenregel für beträchtliche Preisunterschiede benutzt wurde. 405. Insgesamt ist für einzelne Produkte auf Grosshandelsebene ein beträchtliches Arbitragepotenzial festzustellen, nicht jedoch für die gesamte Produktpalette von Nikon Schweiz. Ungeachtet der Filterschwelle sind vor allem Digitalkameras mit und ohne Wechselobjektiv im Ausland billiger im Angebot. Dies ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass diese Produktgruppen zusammen ca. 77 % des Gesamtumsatzes von Nikon ausmachen und somit die zentralen Produktgruppen darstellen. Internationale Unterschiede der Retailhandels-Einstandspreise 406. Zur Analyse internationaler Preisunterschiede auf Retailhandelsebene fragte das Sekretariat Schweizer Retailhändler von Nikon Imaging Produkten nach jenen parallel importierten Produkten, bei welchen die Einsparung bei einem Bezug im Ausland am grössten war. Tabelle 1 in Anhang E.2 fasst die Antworten für jeden Produktmarkt zusammen. Wird in der Tabelle als Herkunftsland die Schweiz angegeben, hat der Retailhändler das Produkt über einen

Schweizer Distributor bezogen, der das Produkt seinerseits parallel importierte. Mit anderen Worten handelt es sich in diesem Fall um einen Bezug über den „inoffiziellen Kanal“ in der Schweiz. Bei diesen Tabelleneinträgen kann keine direkte Aussage zum Preisunterschied zwischen der Schweiz und dem Ausland gemacht werden, sondern lediglich zum Preisunterschied zwischen dem offiziellen Nikon Kanal und dem inoffiziellen Kanal. Weiter bleibt festzuhalten, dass die Preisunterschiede im offiziellen und inoffiziellen Kanal je nach Abnehmer variieren können. Laut Informationen aus dem Markt würden gewisse Händler über gute Konditionen bei inoffiziellen Händlern und über weniger gute Konditionen im offiziellen Kanal verfügen. Bei anderen Händlern sei dies gerade umgekehrt. Die Preisunterschiede dürften deshalb nicht verallgemeinert werden. Diesem Vorbehalt wird insofern Rechnung getragen, als sich die in der Tabelle ausgewiesenen Einsparungen beim Import – sprich: das Arbitragepotenzial jedes einzelnen Händlers – auf die konkreten Bezugspreise des jeweiligen Händlers beziehen. 407. Der Tabelle 1 in Anhang E.2 ist zu entnehmen, dass die Einsparungen beim Import in den Jahren 2009 und 2010 im Produktmarkt Digitalkameras ohne Wechselobjektiv zwischen [0-10] % und [40-50] %, im Produktmarkt Digitalkameras mit Wechselobjektiv zwischen [0-10] % und [30-40] %, im Produktmarkt Wechselobjektive zwischen [0-10] % und [30-40] % und im Produktmarkt Blitzgeräte zwischen [10-20] % bis [10-20] % lagen. Die Anzahl der Tabelleneinträge pro Produktmarkt lässt vermuten, dass vor allem bei Produkten in den Märkten Digitalkameras mit Wechselobjektiv und Wechselobjektive verbreitet Arbitragegewinne zu erzielen waren. Der beschlagnahmten E-Mail Korrespondenz ist denn auch zu entnehmen, dass Nikon Parallelimporte dieser Produkte besonders fokussierte (vgl. Rz 428). 408. Hinsichtlich bestehender Arbitragepotenziale erhielt das Sekretariat aus dem Markt zudem die folgenden Informationen: ■ Gemäss einer beschlagnahmten E-Mail Korrespondenz zwischen einem Schweizer Retailhändler und Nikon bestand bei Objektiven – zumindest im Zeitraum 2008/2009 – in der Regel ein Arbitragepotenzial im Umfang von 12–15 %, im Extremfall bis 40 %. Diese Zahlen sind insofern mit Vorsicht zu lesen, weil – wie von Nikon geltend gemacht – nicht auszuschliessen ist, dass der fragliche Händler die Preisdifferenzen zum Ausland gegenüber Nikon Schweiz überzeichnet dargestellt habe, um seine Verhandlungsposition zu stärken und von Nikon Schweiz möglichst günstige Konditionen zu erhalten;

22/2010/00038/COO.2101.111.4.153527 91

■ Eine weitere beschlagnahmte Nikon interne E-Mail Korrespondenz von Januar 2009 belegt, dass die Händlerpreise in der Schweiz zu diesem Zeitpunkt rund 25 % über den Endverkaufspreisen in den USA lagen. Daraus kann geschlossen werden, dass das Arbitragepotenzial für Händler mindestens 25 % betragen haben muss; ■ Ein Händler gab ferner an, die Preise für Nikon Produkte in der Schweiz seien im Zeitraum Frühjahr 2008 bis Frühjahr 2010 10–20 % höher gewesen als im europäischen Raum; ■ Für einen weiteren Händler ([...]) sei seit Ende 2009 kein Arbitragepotenzial mehr vorhanden, weil Nikon ihm so gute Konditionen offeriert habe, dass er Ende 2009 praktisch das ganze Einkaufsvolumen auf Nikon Schweiz verlagert habe. 409. Nikon kritisiert den vorgenommenen Preisvergleich mit folgenden Argumenten: ■ Erstens würde er sich auf eine extrem dünne und für eine repräsentative Analyse unbrauchbare Datenbasis abstützen; ■ Zweitens dürfe zum Zwecke der Untersuchung nicht auf Preise in Ländern (Hong Kong) abgestellt werden, in denen keine nach Art. 5 Abs. 4 KG tatbestandsmässige Abrede behauptet würde; ■ Drittens könne Nikon die Angaben der Händler mit den Informationen,

die Nikon zur Verfügung stünden, nicht auf ihre Richtigkeit hin prüfen. Die Angaben würden von Nikon deshalb mit Nichtwissen bestritten; ■ Viertens seien die für Nikon ersichtlichen Angaben bereits in sich widersprüchlich, da verschiedene Händler für dasselbe Produkt im selben Jahr unterschiedliche Preise bei einem Bezug in der Schweiz geltend gemacht hätten (D90 Body im Jahr 2009 und D700 Body im Jahr 2009) oder für ähnliche Produkte (Coolpix P90 und Coolpix P100) im gleichen Jahr beträchtliche Unterschiede im Arbitragepotenzial ([0-10] % versus [30-40] %) ausgewiesen würden; ■ Fünftens werde ein Vergleich zwischen Preisen von zugelassenen Händlern und Preisen von nicht-zugelassenen Händlern vorgenommen, soweit sich die Einträge in Tabelle 1 in Anhang E.2 auf Preise nach Einführung des Selektivvertriebs am 1. September 2009 beziehen. Die Preise der zugelassenen Händler seien natürlich höher, da diese die Mehrkosten für die Erfüllung der Zulassungskriterien decken müssten. 410. Die Kritik von Nikon stösst aus folgenden Gründen ins Leere: ■ Ad erstens und zweitens: Hinsichtlich der wiederholten Vorwürfe der mangelnden Repräsentativität der Daten und der fehlenden Abrede in Hong Kong wird auf die obigen Ausführungen in Rz 393 verwiesen; ■ Ad drittens: Nikon hat anlässlich der Zeugeneinvernahmen (vgl. Rz 66) die Möglichkeit gehabt, ihre Zweifel an den Angaben der Zeugen aus dem Weg zu räumen. Die WEKO sieht keinen Anlass, die Antworten der befragten Händler in Frage zu stellen. ■ Ad viertens: Da die befragten Händler Nikon Imaging Produkte bei verschiedenen Schweizer Bezugsquellen gekauft haben oder kaufen wollten, ist durchaus plausibel, dass sich die Einstandspreise (auch beträchtlich) unterscheiden können. Darüber hinaus hängt der Einstandspreis auch massgeblich vom genauen Zeitpunkt des Kaufs ab. Den von Nikon zur Verfügung gestellten Rechnungsprei-

22/2010/00038/COO.2101.111.4.153527 92

sen 140 für die Periode 1. Juni 2009 bis 31. März 2010 ist denn auch zu entnehmen, dass Nikon in dieser Zeitspanne dasselbe Produkt zu sehr unterschiedlichen Preisen an die Händler verkaufte. So wurde das Objektiv NIKKOR AF-S DX 16-85mm/3.5-5.6G ED VR in der genannten Zeitperiode zwischen CHF [...] und CHF [...] an Händler weiterverkauft. Dies entspricht einem Preisunterschied von rund [40-50] %. Darüber hinaus sieht die WEKO wiederum keinen Anlass, die Antworten der befragten Händler in Zweifel zu ziehen. ■ Ad fünftens: Es ist unwahrscheinlich, dass Schweizer Händler, die ab 1. September 2009 ins selektive Vertriebssystem von Nikon aufgenommen wurden, dadurch derart höhere Kosten verzeichneten, dass die Angaben in Tabelle 1 in Anhang E.2 verfälscht worden wären. Der umsatzmässig wichtigste Grosshändler gab im Fragebogen denn auch an, dass die Anforderungen von Nikon Schweiz, um als offizieller Nikon Vertriebshändler zugelassen zu werden, mit der Einführung des Selektivvertriebs auf Grosshandelsstufe ähnlich geblieben seien wie vorher. Zudem wurde der neue Selektivvertrag den Retailhändlern erst im Herbst 2010 zugestellt. Somit konnte dieser im Herbst 2009 noch keine Auswirkungen auf die Kosten der Retailhändler haben. 411. Das Sekretariat analysierte zudem die von Nikon zur Verfügung gestellten durchschnittlichen Einstandspreise von Retailhändlern in ganz Europa (inkl. Schweiz) der jeweils fünf umsatzstärksten Nikon Imaging Produkte je Produktmarkt für die Zeitperiode April 2009 bis März 2010 (vgl. Rz 394). 412. Abbildung 1 in Anhang E.2 zeigt wiederum den Ländervergleich mit Deutschland (DE), Grossbritannien (GB), Frankreich (FR), Italien (IT), Österreich (AT), Tschechien (CZ), den Niederlanden (NL), Slowenien (SI) und Schweden (SE), diesmal bezüglich der Einstandspreise der Retailhändler. Die

Schlussfolgerung dieses Ländervergleichs deckt sich mit jener betreffend die Einstandspreise der Grosshändler (vgl. Rz. 398): Lediglich in den Niederlanden und Slowenien ist die grosse Mehrheit der betrachteten Produkte auf der Retailhandelsebene billiger als in der Schweiz. In den übrigen Ländern bestehen keine systematischen Preisunterschiede. 413. Das Punktediagramm in Abbildung 2 in Anhang E.2 zeigt wiederum für alle betrachteten Produktpreise, ob die jeweiligen Produkte in der Schweiz oder im Ausland teurer sind (vgl. Rz 399). Im Diagramm liegen 109 von 310 Beobachtungen unter der Schwelle von 100. Somit sind ca. 35 % der beobachteten Preise im Ausland billiger als in der Schweiz. Allerdings variieren die Preisunterschiede innerhalb der einzelnen Produktgruppen – mit Ausnahme der Produktgruppe Digitalkamera mit Wechselobjektiv – beträchtlich. 414. Bei den Preisen, die Retailhändler für den Bezug von Nikon Imaging Produkten bezahlen, finden sich in den relevanten Produktmärkten nur vereinzelt Produkte, die im Ausland mindestens 15 % billiger sind als in der Schweiz (vgl. Tabelle 2 in Anhang E.2). So ist etwa die Digitalkamera ohne Wechselobjektiv Coolpix S570 in Slowenien 18 %, die Digitalkamera mit Wechselobjektiv D700 in Norwegen 19 % und das Objektiv 70-300mm in den Niederlanden 24 % billiger als in der Schweiz. 415. Aus dem internationalen Preisvergleich der Einstandspreise der Retailhändler kann zusammenfassend festgehalten werden, ■ dass sich die Schweiz bezüglich des Niveaus der Retailhandelspreise im europäischen Mittelfeld befindet;

140 Quelle: SAP von Nikon.

22/2010/00038/COO.2101.111.4.153527 93

■ dass für einzelne Produkte auf Retailhandelsebene ein beträchtliches Arbitragepotenzial festzustellen ist, nicht jedoch für die gesamte Produktpalette von Nikon Schweiz; ■ dass die Arbitragemöglichkeiten der Schweizer Retailhändler, insbesondere in den Produktmärkten Digitalkameras mit und ohne Wechselobjektiv, geringer sind als jene der Schweizer Distributoren. [...] Diese [...] Konditionen reduzieren die durchschnittlichen Einstandspreise der Retailhändler. Das Fazit, wonach die Arbitragemöglichkeiten in den Produktmärkten Digitalkameras mit und ohne Wechselobjektiv auf Stufe Retailhandel geringer sind als auf Grosshandelsebene, wird durch die Angaben der befragten Grossisten und Retailhändler allerdings nicht bestätigt (vgl. Tabellen 1 in Anhängen E.1 und E.2). Dieser scheinbare Widerspruch wird dadurch zu erklären sein, dass die Einträge in den Tabellen 1 der Anhänge E.1 und E.2 die individuellen Arbitragemöglichkeiten der einzelnen Händler wiedergeben, während die SAP Daten von Nikon die durchschnittlichen Einstandspreise auf Grosshandels- und Retailhandelsebene reflektieren. 416. Nikon kritisiert am vorgenommenen Preisvergleich wiederum, dass basierend darauf keine Aussage zu den Arbitragemöglichkeiten möglich sei, weil die Preisunterschiede zwischen der Schweiz und dem Ausland auf verschiedenen Handelsstufen berechnet würden (vgl. Rz 396). Diese Kritik stösst angesichts der hoch angesetzten Filterschwelle ins Leere. Darüber hinaus wird der geforderte Vergleich der Bezugspreise bei ausländischen Händlern mit jenen bei Nikon Schweiz oder inländischen Händlern in Tabelle 1 in Anhang E.2 dargelegt (vgl. Rz 396). Internationale Unterschiede der Endverkaufspreise 417. Zur Eruierung internationaler Unterschiede der Endverkaufspreise fragte das Sekretariat Schweizer Distributoren und Retailhändler, ob hinsichtlich der Endverkaufspreise Unterschiede in einem Ausmass bestehen würden, die einen Import von Nikon Imaging Produkten für Schweizer Endkunden lohnenswert machen. Die Antworten fielen widersprüchlich aus. Während gewisse Händler der Ansicht waren, dass keine

signifikanten Preisunterschiede bestünden, schätzten andere Händler die Preisunterschiede – in einem Fall basierend auf Kundenangaben – auf 10–15 %. Ein Händler gab ferner an, dass die Endkundenpreise für Nikon Produkte in der Schweiz im Zeitraum Frühjahr 2008 bis Frühjahr 2010 deutlich höher gewesen seien als im europäischen Raum. Zudem wurde das Niveau der Endkundenpreise in den USA und Asien tiefer eingeschätzt als in der Schweiz. Einigkeit bestand darin, dass (allenfalls kurzfristige) Arbitragemöglichkeiten für Endkunden massgeblich von Währungsdifferenzen abhängen. 418. Zudem analysierte das Sekretariat die durchschnittlichen Endverkaufspreise der wichtigsten Produktfamilien¹⁴¹ von Nikon in den Produktmärkten Digitalkamera mit und ohne Wechselobjektiv in ganz Europa für den Zeitraum April 2009 bis März 2010. Die Daten basieren auf Erhebungen des Marktforschungsinstituts GfK. Sie wurden durch das Sekretariat zu Vergleichszwecken Mehrwertsteuerbereinigt¹⁴². Für die Produktmärkte Wechselobjektive und Blitzgeräte waren keine GfK-Zahlen erhältlich. Betreffend

¹⁴¹ Dabei handelt es sich nicht um die fünf umsatzstärksten Produkte von Nikon Schweiz. Ein internationaler Preisvergleich der Endverkaufspreise der fünf umsatzstärksten Produkte von Nikon Schweiz war mangels vorhandener Preisstatistik bei Nikon Schweiz nicht durchführbar. ¹⁴² Die verwendeten Mehrwertsteuersätze sind in Tabelle 2 in Anhang E.3. aufgeführt. In jenen Fällen, in denen ein ausländischer Mehrwertsteuersatz in der massgebenden Periode April 2009 bis März 2010 angepasst wurde, ging die WEKO zugunsten von Nikon für die ganze Periode vom jeweils tieferen Satz aus.

22/2010/00038/COO.2101.111.4.153527 94

die Daten brachte Nikon den Vorbehalt an, dass das Marktforschungsunternehmen GfK in seiner Studie nicht die Preise der einzelnen Produktvarianten erfasse, sondern nur jene der Produktfamilien insgesamt. Dies sei bei einem internationalen Preisvergleich deshalb problematisch, weil in der Schweiz in gewissen Kits¹⁴³ qualitativ bessere Objektive enthalten seien als im Vergleichskit im Ausland. Diese Verzerrung des internationalen Preisvergleichs treffe für alle Kameras mit Wechselobjektiven zu. Diesem Vorbehalt wird in den nachfolgenden Ausführungen Rechnung getragen. 419. Der Ländervergleich der Endverkaufspreise der Produktgruppen Digitalkameras mit und ohne Wechselobjektiv in Tabelle 1 in Anhang E.3 zeigt, dass 60 % der Digitalkameras mit und ohne Wechselobjektiv im Ausland billiger verkauft werden als in der Schweiz. Ein möglicher Grund für den Aufpreis von Digitalkameras mit Wechselobjektiv in der Schweiz ist, dass die Wechselobjektive in der Schweiz laut Angaben von Nikon in der Regel von einer besseren Qualität sind (vgl. Rz 418). 420. Der Tabelle ist auch zu entnehmen, dass von den 126 Preisbeobachtungen 26 und damit ca. 20 % im Ausland über 15 % billiger sind als in der Schweiz. Es handelt sich hierbei um folgende Digitalkameras: ■ Bei den Digitalkameras mit Wechselobjektiv sind die [...] und die [...] beinahe in allen verglichenen Ländern über 15 % günstiger als in der Schweiz. Die Preisdifferenz beträgt bis zu [20-30]%. Laut Nikon ist der Vergleich mit Deutschland und den Niederlanden infolge von Erhebungsfehlern nicht aussagekräftig. Die Endverkaufspreise für die [...] sind in Grossbritannien, Slowenien, Ungarn und Polen über [...] % günstiger als in der Schweiz. Somit lässt sich auf dem Produktmarkt Digitalkameras mit Wechselobjektiv bei drei der fünf wichtigsten Produktfamilien ein beträchtliches Arbitragepotenzial feststellen; ■ Bei den Digitalkameras ohne Wechselobjektiv ist einzig die [...] in Polen mindestens [...] % günstiger erhältlich als in der Schweiz. 421. Zusammenfassend dürfte sich für Schweizer Konsumenten in der Zeitperiode April 2009 bis März 2010 – in Abhängigkeit

der damit verbundenen Transaktionskosten (z.B. Suchkosten, Zollkosten) – ein Direktimport gewisser Modelle von Nikon Kameras gelohnt haben. Um entsprechende Aussagen für die Zeitperiode vor April 2009 und die Produktmärkte Objektive sowie Blitzgeräte machen zu können, fehlen die notwendigen Daten. 422. Betrachtet man nicht nur die wichtigsten Produktfamilien, sondern sämtliche Imaging Produkte in den Produktmärkten Digitalkameras mit und ohne Wechselobjektiv in einer längeren Zeitperiode (April 2007 bis März 2010 anstelle April 2009 bis März 2010), fallen die Preisunterschiede zum Ausland etwas tiefer aus: BAKBASEL hat im Auftrag von Nikon Schweiz u.a. untersucht, wie hoch die Preisdifferenz von Imaging Produkten zwischen der Schweiz und dem umliegenden Ausland ist. Als Datenquelle für die Preisvergleiche dienten die von GfK erhobenen durchschnittlichen Monatspreise für die europäischen Imaging Märkte. BAKBASEL kommt zu folgenden Schlussfolgerungen (vgl. Tabelle 1):

143 Von einem Kit wird gesprochen, wenn das Gehäuse (sog. Body) zusammen mit einem oder zwei Objektiven im Paket angeboten wird.

22/2010/00038/COO.2101.111.4.153527 95

Tabelle 1: Internationaler Preisvergleich Endverkaufspreise (ohne MwSt.)

Quelle: BAKBASEL. ■ Digitalkameras mit Wechselobjektiv (SLR) waren zwischen April 2007 und Dezember 2010 im umliegenden Ausland durchschnittlich zwischen 14–18 % (exkl. MwSt.) günstiger zu kaufen als in der Schweiz. Wird die Mehrwertsteuer nicht abgezogen, reduziert sich die Preisdifferenz auf 1–6 %; ■ Im Bereich Digitalkameras ohne Wechselobjektiv (Kompaktkameras) sind die gefundenen Preisdifferenzen über den gesamten untersuchten Zeitraum kleiner. Kompaktkameras waren im nahen Ausland rund 9–16 % (exkl. MwSt.) günstiger als in der Schweiz. Wird die Mehrwertsteuer in den Preisvergleich mit einbezogen, sind nahezu keine Preisunterschiede mehr auszumachen; ■ Ein grosser Teil der grösseren Preisdifferenzen im Geschäftsjahr 2009 gegenüber 2007 lässt sich laut BAKBASEL durch die starke Aufwertung des Schweizer Frankens seit 2008 erklären. 423. Die Gegenüberstellung der Resultate der Preisvergleiche des Sekretariats und derjenigen von BAKBASEL zeigen, dass das Ausmass der festgestellten internationalen Preisunterschiede davon abhängt, wie viele Preise miteinander verglichen werden (Vergleich der Preisdaten sämtlicher Kameras [Analyse BAKBASEL] versus der fünf wichtigsten im Bereich Digitalkameras mit und ohne Wechselobjektiv [Analyse Sekretariat]) und wie hoch der Aggregationsgrad der verglichenen Preisindizes ist (Vergleich der Durchschnittspreise pro Produkt [Analyse Sekretariat] oder des Durchschnittspreises sämtlicher Produkte [Analyse BAKBASEL]). Preisvergleiche, welche sich auf ein einzelnes Produkt beziehen (Analyse Sekretariat), eignen sich zur Beantwortung der hier interessierenden Frage – gibt es bei Nikon Imaging Produkten ein Arbitragepotenzial aufgrund internationaler Preisunterschiede – grundsätzlich besser als ein Vergleich aggregierter Preisindizes (Analyse BAKBASEL). Unabhängig von der Wahl des Datensamples und des Aggregationsgrades zeigen die Preisanalysen jedoch auf, dass insbesondere für den Produktmarkt Digitalkameras mit Wechselobjektiv im Zeitraum 2007 bis 2009 für Endkonsumenten beträchtliche Arbitragepotenziale vorhanden waren. Internationale Unterschiede der Endverkaufspreise im Vergleich zu Konkurrenzmarken 424. Basierend auf GfK-Daten untersuchte BAKBASEL, ob die Konsumentenpreise in der Schweiz im Vergleich zum umliegenden Ausland bei Nikon Kameras systematisch höher sind als bei den Kameras anderer Hersteller. Systematisch höhere Preise bei Nikon Imaging Produkten würden laut Nikon darauf hindeuten, dass der gebietsüber-

22/2010/00038/COO.2101.111.4.153527 96

greifende Intra-Brand-Wettbewerb bei Nikon weniger gut funktionieren würde als bei ihren Konkurrenten. Als eine von verschiedenen möglichen Ursachen dafür würde ein absoluter Gebietschutz in Frage kommen. 425. Die Studie zeigt auf, dass sich die internationalen Preisdifferenzen von Nikon Produkten in den allermeisten Fällen in einem ähnlichen Rahmen bewegen wie die Preisdifferenzen der Kameras anderer Hersteller. In den Jahren 2007 bis 2009 liessen sich laut der Studie sogar mehr Fälle identifizieren, wo die Preisdifferenz bei Nikon Kameras kleiner sei als bei den anderen Kameras. Laut Nikon könne daraus geschlossen werden, dass – wenn überhaupt – die Konkurrenten von Nikon, aber sicher nicht Nikon eine schweizerische Preisinsel geschaffen haben. Das Resultat der Studie sei ein sehr gewichtiges ökonomisches Indiz dafür, dass Nikon keinen absoluten Gebietschutz mit Bezug auf die Schweiz betrieben habe. 426. Hierzu ist anzumerken, dass internationale Preisunterschiede von Konkurrenzmarken für die Frage nach bestehenden Arbitragemöglichkeiten bei Nikon Imaging Produkten und somit für den Anreiz, den Intra-Brand-Wettbewerb um Nikon Imaging Produkte durch Behinderung oder Verhinderung von Parallel- und Direktimporten zu beeinträchtigen oder zu beseitigen, keine Rolle spielen. Im Übrigen kann aus festgestellten internationalen Preisdifferenzen allein weder bei Konkurrenzmarken von Nikon noch bei Nikon Imaging Produkten eine Wettbewerbsbeschränkung abgeleitet werden. Wie oben erwähnt (vgl. Rz 387), dient die Identifikation von Arbitragemöglichkeiten lediglich zur Prüfung der Frage, ob Anreize zur Behinderung von Importen bestehen. Fazit 427. Aus den internationalen Preisvergleichen der Einstandspreise der Gross- und Retailhändler der umsatzstärksten Nikon Imaging Produkte sowie der Endverkaufspreise der wichtigsten Kamera-Produktfamilien kann zusammenfassend festgehalten werden, dass in der Zeitperiode April 2009 bis März 2010 ■ die Rechnungspreise an Gross- und Retailhandel von Nikon Schweiz im europäischen Durchschnitt lagen; ■ in jedem Produktmarkt Produkte mit einem Arbitragepotenzial zu identifizieren waren; ■ das Arbitragepotenzial der Händler bei Blitzgeräten generell tiefer lag als in den übrigen Produktgruppen; ■ die Arbitragemöglichkeiten der Schweizer Retailhändler, insbesondere in den Produktmärkten Digitalkameras mit und ohne Wechselobjektive, geringer ausfielen als jene der Schweizer Distributoren; ■ ein Direktimport gewisser Modelle von Nikon Kameras für Schweizer Konsumenten lohnenswert war, was durch Aussagen der befragten Marktteilnehmer teilweise bestätigt wurde (vgl. Rz 417). Um entsprechende Aussagen für die Produktmärkte Objektive sowie Blitzgeräte machen zu können, fehlen die hierfür notwendigen Daten; ■ das Arbitragepotenzial der Schweizer Endkunden im Bereich Digitalkameras mit und ohne Wechselobjektiv höher lag als jenes der Distributoren und Retailhändler in der Schweiz. Laut Nikon lässt sich dies mit einem kostenbedingten grösseren Preisaufschlag der Schweizer Händler erklären. 428. Unabhängig von den quantitativen Analysen internationaler Preisunterschiede, belegen in der Hausdurchsuchung beschlagnahmte Dokumente, dass es für Schweizer

22/2010/00038/COO.2101.111.4.153527 97

Händler im Untersuchungszeitraum offenbar attraktiv war, Produkte aus allen relevanten Produktgruppen aus dem Ausland zu beziehen. Die beschlagnahmte E-Mail Korrespondenz legt nahe, dass Nikon besonders auf Parallelimporttätigkeiten von Digitalkameras mit Wechselobjektiv fokussierte. Dies ist insofern nachvollziehbar, als es sich dabei um den Markt mit den teuersten Produkten handelt. 429. Aus dem beschlagnahmten

Material kann geschlossen werden, dass es in jedem relevanten Markt Produkte gab, die im Ausland günstiger beschafft werden konnten. Insbesondere müssen die Preisunterschiede genügend gross gewesen sein, dass sich der mit Parallelimporttätigkeiten verbundene administrative Aufwand für die Händler auch lohnte. Nikon unternahm denn auch beträchtliche Anstrengungen, um der Ausnutzung dieser Arbitragepotenziale Schranken zu setzen (vgl. Rz 253 ff.). Dass in sämtlichen relevanten Produktgruppen beträchtliche Arbitragemöglichkeiten bestanden, deren Ausnutzung betriebswirtschaftlich lohnenswert war, belegen auch die nachfolgend aufgezeigten Parallelhandelstätigkeiten von Schweizer Händlern. B.3.2.2.2. Parallelimporte Ausmass Parallelimporte von Nikon Imaging Produkten 430. Das Sekretariat ging des Weiteren der Frage nach, in welchem Umfang Parallel- und Direktimporte von Schweizer Händlern und Endkunden angesichts der teilweise beträchtlichen Arbitragemöglichkeiten getätigt wurden. Nachfolgend wird zunächst auf die Angaben von Nikon und anschliessend auf jene der befragten Händler eingegangen. 431. Zunächst fragte das Sekretariat Nikon, wie hoch der geschätzte Anteil der in der Schweiz jährlich abgesetzten Nikon Imaging Produkte sei, der aus Parallelimporten stammt. Nikon schätzt den Parallelimport von Nikon Imaging Produkten in den Jahren 2005 bis 2007 auf ca. CHF [...] Mio. In den Jahren 2008 und 2009 seien die Parallelimporte sprunghaft angestiegen und dürften im Jahr 2009 auf über CHF [...] Mio. angewachsen sein. Basierend auf die von Nikon zur Verfügung gestellten Gesamtumsätze in diesen Jahren entsprechen diese Schätzungen einem Importanteil von [...] % in den Jahren 2005 bis 2007 und [...] % in den beiden darauf folgenden Jahren. Der Hauptgrund des Anstiegs von Parallelimporten in den Jahren 2008 und 2009 sieht Nikon in den starken Devisenkursschwankungen. Ebenfalls zum Anstieg beigetragen habe die weltweite Preistransparenz, die das Internet in den letzten Jahren zunehmend ermöglicht habe. Mit dem Internet sei eine neue Generation von Parallelimporteuren geschaffen worden, die den gesamten Handel und Verkauf über das Internet abwickeln und sich fast ausschliesslich über den Preis im Wettbewerb positionieren würden. 432. Gefragt nach den Umsatzanteilen von Parallelimporten in den einzelnen Produktmärkten, schätzte Nikon den Importanteil im Produktmarkt Wechselobjektive auf [...] % und im Produktmarkt Blitzgeräte auf [...] %. Eine Schätzung für die Märkte Digitalkameras mit und ohne Wechselobjektive sei Nikon nicht möglich. 433. Nikon geht davon aus, dass Nikon Imaging Produkte primär aus [...], vereinzelt aber auch aus [...] in die Schweiz importiert werden. Zudem würden Nikon Imaging Produkte in einzelnen Fällen vermutungsweise auch aus [...] parallel in die Schweiz importiert. 434. Basierend auf die Angaben der befragten Händler lassen sich die Parallelimportanteile auf Gross- und Einzelhandelsstufe abschätzen: Vergleicht man den Gesamtumsatz, den die befragten Nikon Händler in der Schweiz mit Nikon Imaging Produkten erzielen, mit dem Anteil parallel importierter Nikon Imaging Produkte dieser Händler, ergibt sich im Zeitraum 2008 bis 2009 ein Importanteil von 3–10 % auf Grosshandels-

22/2010/00038/COO.2101.111.4.153527 98

stufe und von 7–8 % auf Retailhandelsstufe über alle Produktgruppen (vgl. Tabellen 1 und 2 in Anhang E.4). Berücksichtigt man bei den Parallelimporten der Retailhändler auch indirekte Parallelimporte – d.h. Bezüge über Schweizer Grosshändler, welche die Produkte ihrerseits importiert haben – ergibt sich auf Retailstufe in den Jahren 2008 bis 2009 schätzungsgemäss ein Parallelimportanteil von 8–11 % (vgl. Tabelle 3 in Anhang E.4). Zu diesen Importanteilen ist festzuhalten, dass ■ der Parallelimportanteil auf

Grosshandelsstufe massgeblich auf den vertraglich nicht gebundenen Grosshändler [...] zurückzuführen ist. Von den vier übrigen in- ländischen Grossisten, welche bis Herbst 2009 alle durch den alten Grossisten- vertrag von Nikon gebunden waren, importierte lediglich ein einziger Nikon Ima- ging Produkte im Umfang von weniger als [...] % seines jährlichen Gesamtum- satzes mit Nikon Imaging Produkten. Dies entspricht weniger als [...] % des jähr- lichen Gesamtumsatzes mit Nikon Imaging Produkten aller Distributoren in der Schweiz (vgl. Tabelle 1 in Anhang E.1). Es handelt sich bei diesem Grossisten zudem insofern um einen Spezialfall, als er die Produkte über eine Schwesterge- sellschaft in Deutschland beziehen konnte; ■ die befragten Retailhändler keine repräsentative Stichprobe darstellen, da das Sekretariat bei der Auswahl der befragten Unternehmen darauf achtete, mög- lichst viele Unternehmen anzuschreiben, welche potenziell mit Parallelhandelstä- tigkeiten zu tun haben. Vor diesem Hintergrund dürfte die hier berechnete Im- portquote etwas höher liegen als dies basierend auf einer repräsentativen Stich- probe der Fall gewesen wäre. Ungeachtet dieser Verzerrung deckt sich die im Markt erhobene Importquote weitgehend mit den Schätzungen von Nikon. Für ei- ne Aufschlüsselung des Importanteils der Retailhändler nach den verschiedenen Produktmärkten fehlen die hierfür notwendigen Daten. 435. Die parallel importierten Produkte der befragten Händler decken alle relevanten Produktmärkte ab. Den Tabellen 1 in den Anhängen E.1 und E.2 ist zu entnehmen, dass Digitalkameras ohne Wechselobjektiv aus Deutschland, Digitalkameras mit Wechselobjektiv aus Deutschland und Hong Kong und Objektive aus Deutschland, Hong Kong und den USA importiert wurden. 436. Laut Angaben von [...] werden Digitalkameras (mit und ohne Wechselobjektiv) aufgrund der damit verbundenen Garantie und der Sprache der Bedienungsanleitun- gen grundsätzlich aus zwei EU-Ländern [...] importiert. Die Garantieleistung bei Digi- talkameras sei nicht weltweit, sondern entweder europaweit oder USA-weit. Aus Län- dern ausserhalb der EU [...] würden Wechselobjektive und Blitzgeräte importiert. Wechselobjektive und Blitzgeräte hätten entweder eine weltweite Garantie oder [...] übernehme das Risiko bei einem Garantiefall selbst. Dies sei bei Wechselobjektiven im Gegensatz zu Kameras möglich, weil Wechselobjektive billiger seien und eher selten eine Garantieleistung erfordern würden. 437. Basierend auf die Aussagen der befragten Händler kann festgehalten werden, dass in allen Produktmärkten in einem gewissen Umfang Parallelimporte von Nikon Imaging Produkten getätigt werden. Diese Parallelimporttätigkeiten erreichen im Ver- gleich zu den geschätzten Parallelimportquoten von [...] und [...], den [...] Konkurren- ten von Nikon (vgl. Rz 462 ff.), welche den Parallelimportanteil ihrer Produkte je nach Produktmarkt zwischen [...] % und [...] % schätzen, einen bescheideneren Umfang. 438. Die Importquoten von Nikon Imaging Produkten zeigen dennoch auf, dass die vorliegenden Bezugsverbote ausserhalb des Vertragsgebiets sowie die Exportverbote in ausländischen Vertriebsverträgen – wie von Nikon geltend gemacht (vgl. Rz 187) – nicht zu einer „wasserdichten“ Abschottung des Schweizer Marktes führten. Wie in Rz 210 ff. dargelegt, kann sich eine durch absoluten Gebietsschutz herbeigeführte

22/2010/00038/COO.2101.111.4.153527 99

Wettbewerbsbeschränkung jedoch auch in Fällen ergeben, in denen ein Gebiet nicht „wasserdicht“ abgeschottet wird. Die Beschränkung ergibt sich in solchen Fällen nicht aus der Elimination, sondern aus der Reduktion der getätigten Parallelimporte und des daraus resultierenden geringeren Preisdruckes auf dem Schweizer Markt. Inwiefern die gebietsabschottenden Klauseln das Ausmass an getätigten Parallelimporten beein- flussten,

wird in Rz 440 ff. analysiert. Ausmass Direktimporte von Nikon Imaging Produkten 439. Wie bedeutend Direktimporte durch Schweizer Endkunden sind, welche sich allenfalls disziplinierend auf das Preisniveau auswirken würden, muss mangels diesbezüglichen Informationen offen gelassen werden. In der Untersuchung wurden jedenfalls keine glaubhaften Hinweise auf Behinderungen von Direktimporten durch Nikon – etwa durch die Verweigerung von Garantieleistungen bei parallel importierten Produkten – gefunden (vgl. Rz 442 f.). Generell ist davon auszugehen, dass Direktimporte seit Einführung der „Swiss Garantie“ weniger attraktiv geworden sind. Behinderungen des Imports in die Schweiz? 440. Im Folgenden wird der Frage nachgegangen, ob die getätigten Parallelimporte bedeutender ausgefallen wären ohne entsprechende Behinderungen von Nikon und ihren Abredepartnern. Zunächst gilt es zu unterscheiden zwischen Händlern, die trotz bestehender Arbitragepotenziale ohne Interventionen (vertraglicher oder sonstiger Art) von Nikon aus betriebswirtschaftlichen Gründen von Parallelhandel absahen (erste Gruppe), und jenen, welche dies infolge von Interventionen von Nikon unterliessen (zweite Gruppe). 441. Zur ersten Gruppe scheinen jene Händler zu gehören, welche keine Bezugsbeschränkungen in ihren Vertriebsverträgen haben und den Verzicht auf Parallelhandelstätigkeiten namentlich mit einem zu grossen Aufwand im Verhältnis zur Bezugsmenge und einem Widerspruch zur Geschäftsstrategie begründeten. 442. Zur zweiten Gruppe gehören nebst gewissen ausländischen Händlern (vgl. Rz 446 ff.) jene Schweizer Händler, die aufgrund von Interventionen (vertraglicher oder sonstiger Art) von Nikon entweder gänzlich auf Parallelhandel verzichteten oder diesen reduzierten. In den Antworten zu den Fragebögen gaben zunächst acht von 48 Händlern an, bei ihren Parallelhandelstätigkeiten mit Nikon Imaging Produkten mit Schwierigkeiten (z.B. Druckausübung von Herstellerseite) oder daraus resultierenden Nachteilen konfrontiert gewesen zu sein: ■ So habe es laut einem Händler Anzeichen gegeben, dass Nikon auf ausländische Lieferanten zugegangen sei und versucht habe, Parallelimporte zu verhindern; dennoch sei es dem Händler jederzeit möglich gewesen, im Ausland an die Ware zu gelangen; ■ Ferner habe Nikon gewisse Händler angefragt, von welchen ausländischen Lieferanten sie Nikon Imaging Produkte beziehen würden; ■ Zudem seien Händler, die Parallelimporte tätigten, von Nikon Schweiz auf eine sog. „black list“ gesetzt und in der Folge nicht mehr beliefert worden oder es sei mit einem Lieferstopp gedroht worden; ■ Darüber hinaus bestand nach Einführung des selektiven Vertriebs laut Angaben eines Retailhändlers die Befürchtung, bei Parallelhandelsaktivitäten den Status als zugelassener Händler zu verlieren;

22/2010/00038/COO.2101.111.4.153527 100

■ Sodann habe Nikon gemäss Angaben eines weiteren Händlers bei importierter Ware Garantieleistungen verweigert und nicht für alle importierten Kameras Handbücher in deutscher Sprache bereitgestellt; ■ Schliesslich gab ein Einzelhändler an, dass einer seiner Schweizer Lieferanten infolge Intervention von Nikon Schweiz seit September 2009 keine Nikon Imaging Produkte mehr aus dem Europäischen Raum bzw. Deutschland beziehen könne. Diese Angaben wurden vom betroffenen Lieferanten auf Nachfrage des Sekretariats hin jedoch nicht bestätigt. 443. Auf Antrag von Nikon wurden Händler, die in den Fragebögen angaben, bei ihren Parallelhandelstätigkeiten mit Schwierigkeiten oder daraus resultierenden Nachteilen konfrontiert gewesen zu sein, am 5. und 19. September 2011 von der WEKO als Zeugen gemäss Art. 42 Abs. 1 KG (vgl. Rz 64 und 66) einvernommen. An diesen Anhörungen revidierten die befragten Personen ihre Aussagen in dem Sinne, als sie

verneinten, bei ihren Parallelhandelsaktivitäten mit Nikon Imaging Produkten mit Schwierigkeiten konfrontiert gewesen zu sein: ■ Namentlich stellte sich heraus, dass die Unternehmen, die angaben, auf einer „black list“ gestanden zu haben, deshalb nicht beliefert wurden, weil sie zu diesem Zeitpunkt die Selektionskriterien des Selektivvertriebs von Nikon nicht erfüllten. Beide Unternehmen wurden im Sommer 2011 zum Vertrieb zugelassen, nachdem sie zwecks Erfüllung der Zulassungskriterien ihre internen Strukturen angepasst hatten; ■ Der Händler, welcher befürchtete, die Zulassung als Vertriebshändler zu verlieren, wenn er Parallelimporte tätigen würde, begründete diese Befürchtung anlässlich der Zeugeneinvernahme mit dem aktuell geltenden (neuen) selektiven Vertriebsvertrag von Nikon. Diesem Vertrag ist keine solche Klausel zu entnehmen. Laut dem Händler gab es keine weiteren Massnahmen von Seiten Nikon, welche diese Befürchtung stützen könnten; ■ Schliesslich legte ein Mitarbeiter der Serviceabteilung in Form einer Zeugenaussage gemäss Art. 42 Abs. 1 KG glaubhaft dar, dass Nikon bei parallel importierten Produkten keine Garantie- und Reparaturarbeiten verweigert. Demgemäss honoriere Nikon die Herstellergarantie weltweit. Die Garantie werde lediglich in solchen Fällen verweigert, in denen die weltweite Herstellergarantie abgelaufen sei und sich das Produkt (infolge Parallelimport) nicht für die (durch Nikon Schweiz finanzierte) erweiterte „Swiss Garantie“ qualifiziere. Entgeltliche Reparaturarbeiten würden nach Ablauf der Garantie auch bei parallel importierten Produkten ausgeführt. 444. Somit bestehen gewisse Widersprüche zwischen den Angaben der Händler in den Fragebögen und deren Aussagen an den mündlichen Zeugeneinvernahmen. Im Rahmen der freien Beweiswürdigung ist zu berücksichtigen, dass die Zeugeneinvernahmen in Präsenz von Nikon und deren Rechtsvertretern durchgeführt wurden, wobei einige der befragten Zeugen (inzwischen) in einem Vertragsverhältnis zu Nikon stehen. Vor diesem Hintergrund ist nicht auszuschliessen, dass die Antworten der Zeugen teilweise strategisch motiviert waren. 445. Zusammenfassend gibt es abgesehen von den vertraglichen Bezugsbeschränkungen in den inländischen Vertriebsverträgen keine darüber hinausgehenden rechtsgenügenden Beweise, dass inländische Händler bei ihren Parallelhandelsaktivitäten mit Nikon Imaging Produkten mit Schwierigkeiten (z.B. Druckausübung durch Nikon auf ausländische Lieferanten) konfrontiert waren. Allerdings haben Bezugsverbote ausserhalb des Vertragsgebiets infolge des Grundsatzes pacta sunt servanda in aller Re-

22/2010/00038/COO.2101.111.4.153527 101

gel negative Auswirkungen auf das Importverhalten der Marktteilnehmer (vgl. Rz 451 f.). Behinderungen des Exports in die Schweiz? 446. Zur zweiten Gruppe von Händlern, welche infolge von Interventionen von Nikon Parallelhandel unterliessen, gehören auch ausländische Händler, die infolge vertraglicher Exportverbote und/oder Druckausübung durch die jeweilige Nikon Ländergesellschaft Parallelexporte in die Schweiz einschränkten oder gänzlich darauf verzichteten, Schweizer Händler oder Endkunden zu beliefern. 447. Von den befragten 19 ausländischen Händlern haben mangels Auskunftspflicht lediglich deren sechs den Fragebogen des Sekretariats beantwortet oder darauf reagiert (vgl. Rz 35 und 38, wobei ein Händler im Bereich Sport Optics tätig ist, welcher nicht zu den hier relevanten Produktgruppen gehört. Dieser Händler bestätigte jedoch eine Druckausübung durch Nikon, was ihn dazu veranlasst habe, von Exporten nach Europa abzusehen (vgl. Rz 250). Die Angaben dieses Händlers indizieren, dass sich die Einflussnahme von Nikon auf Händler in den USA nicht nur auf den Vertrieb von „Nikon Sport Optics“ Produkte beschränkt hat. Vielmehr ist davon auszugehen, dass auch die hier

relevanten Nikon Imaging Produkte von solchen oder ähnlichen Einflussnahmen betroffen waren. 448. Von den restlichen fünf Händlern gaben lediglich zwei zur selben Unternehmensgruppe zugehörige Händler ([...]) an, in den letzten Jahren von Nikon mehrfach angehalten worden zu sein, Parallelhandel zu unterlassen; Parallelhandel sei jedoch weiterhin betrieben worden. Nikon begründet diese geltend gemachte Einflussnahme mit dem Argument, dass es sich dabei um eine rechtmässige Unterbindung von Aktivverkäufen gehandelt habe, welche vor Einführung des Selektivvertriebs in der Schweiz stattgefunden habe. 449. Zu dieser zweiten Gruppe von Händlern gehört auch die Anzeigerin Wahl Trading. Deren Vorbringen, wonach ihre ausländischen Bezugsquellen durch Nikon dazu angehalten worden seien, sie nicht mehr zu beliefern, und wonach ihre Schweizer Kunden diszipliniert worden seien, weil sie bei Wahl Trading einkauften (vgl. Rz 1), konnten in der Untersuchung jedoch nicht belegt werden: ■ Die Bezugsschwierigkeiten von Wahl Trading begannen zum Zeitpunkt der Einführung des selektiven Vertriebssystems von Nikon Schweiz im September 2009. Die Nichtbelieferung von Wahl Trading wird von Nikon mit der fehlenden Zulassung zum selektiven Vertriebssystem infolge Nichterfüllung der Zulassungskriterien für Grosshändler begründet. Einer Zulassung von Wahl Trading als Grossist seien insbesondere Wahl Tradings Direktgeschäfte mit Endverbrauchern (Berufs- fotografen) entgegengestanden, welche gegen Ziff. 6.3 der Selektivvertriebsvereinbarung mit Grossisten verstossen hätten; ■ Von den mutmasslich drei disziplinierten Kunden von Wahl Trading gab auf Nachfrage des Sekretariats hin keiner an, von Nikon diszipliniert oder mit Nachteilen bedroht worden zu sein, weil sie bei Wahl Trading einkauften: Der ehemals bedeutendste Handelspartner von Wahl Trading [...] stellte die Bestellungen bei Wahl Trading im Winter 2010 laut eigenen Angaben ein, weil er [...]. Ein weiterer Händler begründete seinen Entscheid mit der erweiterten „Swiss Garantie“, die nur für Produkte gelte, die über Nikon Schweiz importiert werden. Der dritte Händler gab schliesslich an, entgegen den Vorbringen der Anzeigerin auch nach Herbst 2009 Produkte bei Wahl Trading bezogen zu haben, allerdings in deutlich reduziertem Umfang. Der Rückgang der Bestellungen bei Wahl Trading sei mit attraktiveren Bezugspreisen bei Nikon Schweiz zu begründen. Sobald Wahl Tra-

22/2010/00038/COO.2101.111.4.153527 102

ding wieder interessante Angebote mache, würde der Händler wieder bei Wahl Trading beziehen. Gegen eine Einstellung bzw. Reduktion der Bestellungen bei Wahl Trading infolge billigerer Angebote bzw. besserer Leistungen („Swiss Garantie“) bei Nikon Schweiz ist aus wettbewerbsrechtlicher Sicht nichts einzuwenden. Fazit 450. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass im Beobachtungszeitraum in allen Produktmärkten in einem gewissen Umfang Parallelimporte getätigt wurden, welche sich bis zu einem gewissen Grad disziplinierend auf das Wettbewerbsgeschehen in der Schweiz auswirken konnten. Ferner gab von den 48 inländischen und 19 ausländischen befragten Händlern keiner glaubhaft an, während der Abrededauer infolge von (nicht vertraglichen) Interventionen durch Nikon auf Parallelhandel mit Nikon Imaging Produkten verzichtet zu haben. Lediglich hinsichtlich der hier nicht relevanten Nikon Sport Optics Produkte gab ein ausländischer Händler aus den USA an, infolge von Interventionen von Nikon auf Parallelexporte verzichtet zu haben (vgl. Rz 250 f.). 451. In Anbetracht dieser Händlernaussagen bleibt darauf hinzuweisen, dass inländische Händler, welche sich nicht an das Bezugsverbot ausserhalb des Vertragsgebiets gehalten haben, mit einer Vertragskündigung rechnen mussten. Dasselbe galt bzw. gilt immer noch für ausländische

Händler, deren Vertriebsvertrag ein Exportverbot vor- sieht. Solche vertraglichen Verpflichtungen haben infolge des Grundsatzes pacta sunt servanda in aller Regel Auswirkungen auf das Import- und Exportverhalten der Ver- tragshändler. Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass die Parallelhandel- stätigkeiten bedeutender ausgefallen wären und somit zusätzlicher Druck auf das Schweizer Preisniveau ausgeübt worden wäre, wenn die Vertriebsverträge von Nikon keine gebietsabschottenden Klauseln enthalten hätten. 452. Eine genauere Betrachtung der konkreten Importe suggeriert denn auch, dass die gebietsabschottenden Klauseln den Parallelhandel reduzierten: ■ Auf Grosshandelsstufe betrug der Importanteil im Zeitraum 2008 bis 2009 laut Schätzungen des Sekretariats lediglich 3–10 %. Dieser Importanteil ist massge- blich auf den vertraglich nicht gebundenen Grosshändler [...] zurückzuführen. Von den bis Herbst 2009 fünf vertraglich gebundenen inländischen Grossisten importierte lediglich ein einziger Nikon Imaging Produkte im Umfang von weniger als [...] % des jährlichen Gesamtumsatzes mit Nikon Imaging Produkten. Dies entspricht weniger als [...] % des jährlichen Gesamtumsatzes mit Nikon Imaging Produkten aller Distributoren in der Schweiz (vgl. Tabelle 1 in Anhang E.1). Es handelt sich bei diesem Grossist zudem insofern um einen Spezialfall, als er die Produkte über eine Schwestergesellschaft in Deutschland beziehen konnte (vgl. Rz 434). Weitere drei Händler begründeten ihren Verzicht auf Parallelimporte mit guten Geschäftsbeziehungen mit Nikon Schweiz, einem Widerspruch zur Ge- schäftsstrategie und einer exklusiven Zusammenarbeit mit Nikon. Der fünfte in- ländische Grossist wies in diesem Zusammenhang auf die vertragliche Bindung mit Nikon hin. ■ Auf Retailhandelsstufe betrug der direkte Importanteil der inländischen Händler im Zeitraum 2008 bis 2009 laut Schätzungen des Sekretariats 7–8%. Unter Be- rücksichtigung der indirekten Importe erhöht sich der Importanteil auf 8–11 % (vgl. Rz 434). Von den befragten 43 Retailhändlern verzichteten in den letzten Jahren deren 21 auf das Tätigen von Parallelimporten. Diese Zahl ist vor dem Hintergrund zu lesen, dass das Sekretariat bei der Auswahl der befragten Unter- nehmen darauf achtete, möglichst viele Unternehmen anzuschreiben, welche po- tenziell mit Parallelhandelstätigkeiten zu tun hatten. Bei einer repräsentativen

22/2010/00038/COO.2101.111.4.153527 103

Stichprobe wäre die Zahl der Retailhändler, welche keinen Parallelhandel betrei- ben, vermutlich noch höher ausgefallen (vgl Rz 434). Dabei liessen 13 dieser 21 Retailhändler die Frage nach dem Grund des Verzichts auf Parallelhandel unbe- antwortet. Weiter tätigten von den elf vom Sekretariat befragten Vertragspartnern des „D3S/D3X“- und „NPSD“-Vertrags mit Bezugsverbot ausserhalb des Ver- tragsgebiets lediglich zwei Händler Parallelimporte; und dies in einem beschei- denen Umfang (vgl. Rz 326, zweiter Punkt). B.3.2.2.2.3. Intrabrand-Wettbewerb hinsichtlich Preis und Service 453. Die Tabellen 1 bis 4 in Anhang E.5 illustrieren das Ausmass an Intrabrand- Preiswettbewerb in den relevanten Produktmärkten. Die Tabellen 1 und 2 basieren auf Daten einer GfK-Marktstudie und zeigen die Mindest-, Höchst- und Durchschnittspreise der wichtigsten Kamera-Produktfamilien von Nikon. Diesen beiden Tabellen ist zu ent- nehmen, dass sich die Mindest- und Höchstpreise im Markt in den betrachteten Jahren 2007 bis 2010 beträchtlich unterscheiden. Diese Preisheterogenität spricht für einen funktionierenden Intrabrand-Preiswettbewerb in den Produktmärkten Digitalkameras mit und ohne Wechselobjektiv. 454. Für die Märkte Wechselobjektive und Blitzgeräte sind keine entsprechenden Da- ten von GfK erhältlich. Die Tabellen 3 und 4 enthalten deshalb die

Normal-, Aktions- und Durchschnittsverkaufspreise der umsatzstärksten Nikon Imaging Produkte der befragten Schweizer Retailhändler in den Produktmärkten Objektive und Blitzgeräte im Jahr 2009. Zusätzlich sind in den Tabellen die Tiefstpreise basierend auf Daten des Preisvergleichsdienstes www.toppreise.ch für die Periode April bis Dezember 2009 angegeben. Hinsichtlich der beiden Tabellen muss der Vorbehalt angebracht werden, dass eine Einteilung der Retailpreise in Normal- und Aktionsverkaufspreise derweilen schwierig sein kann. So gaben zwei Händler an, sie hätten permanent tiefe Preise, weshalb es keine eigentlichen Aktionspreise gäbe. Ungeachtet dieses Vorbehalts sugieren die heterogenen Preisangaben der Händler sowie die Preisdaten des Preisvergleichsdienstes www.toppreise.ch für die Produktmärkte Objektive und Blitzgeräte einen funktionierenden Intrabrand-Preiswettbewerb. 455. Allerdings war der vorhandene Intrabrand-Preiswettbewerb offenbar steigerungsfähig: Als ein bedeutender Schweizer Händler mit Nikon Imaging Produkten mit Nikon im Sommer 2011 (nach Aufhebung der Gebietsschutzabreden) einen Vertrag abschloss, erhielt er so tiefe Einstandspreise, dass sich ein Parallelimport nicht mehr lohnte. Die tieferen Einstandspreise hat der Händler laut eigenen Angaben jedoch nicht an die Endkunden weitergegeben, sondern stattdessen seine Marge erhöht. Würde ein intensiver Intrabrand-Preiswettbewerb vorherrschen, würden solche Preisnachlässe den Kunden zumindest teilweise weitergegeben. Diese Aussage gilt ungeachtet der Tatsache, dass sich die Aussage des Händlers auf einen Zeitpunkt nach Auflösung der Abreden bezieht, da der Intrabrand-Preisdruck in der Schweiz nach Auflösung der Abreden zugenommen haben dürfte. Mit anderen Worten gilt die Aussage der fehlenden Weitergabe tieferer Einstandspreise umso mehr für die Zeitperiode Frühling 2008 bis Herbst 2009. 456. Nebst dem Intrabrand-Wettbewerb über den Preis besteht vorliegend auch ein gewisser Intrabrand-Wettbewerb über verschiedene Niveaus an Servicedienstleistungen: So erhalten gewisse Nikon Händler den „NPSD“-Status (vgl. Rz 112 ff.), wenn sie gewisse Qualitätsvoraussetzungen erfüllen. Damit sollte laut Angaben von Nikon sichergestellt werden, dass professionelle Fotografen, die Nikon Produkte verwenden, einen ihren hohen Bedürfnissen entsprechenden Service erhalten können. Zudem vertreibt Nikon die D3X- und D3S-Kameras aufgrund deren grossen Komplexität und der für professionelle Fotografen entwickelten Funktionen der beiden Modelle an [...], die

22/2010/00038/COO.2101.111.4.153527 104

professionelle Fotografen umfassend beraten und betreuen können (vgl. Rz 107 ff.). Diese unterschiedlichen Vertragstypen legen nahe, dass unter den Händlern von Nikon Imaging Produkten während des Untersuchungszeitraums ein gewisser Qualitätswettbewerb in Form unterschiedlicher Serviceniveaus bestand. 457. Schliesslich kann die „Swiss Garantie“ – wie von Nikon geltend gemacht – als Ausdruck eines gebietsübergreifenden Intrabrand-Leistungswettbewerbs interpretiert werden. Die für diese Garantieverlängerung notwendigen Investitionen habe Nikon Schweiz primär getätigt, um die Wettbewerbsfähigkeit ihrer Produkte gegenüber von Parallelimporten zu steigern. Dieses Ziel scheint Nikon erreicht zu haben: So bestätigen die befragten Händler, dass die „Swiss Garantie“ zu einem wichtigen Verkaufsargument gegenüber parallel importierten Produkten wurde. Dementsprechend führte ein bedeutender Schweizer Händler im Jahr 2009 für parallel importierte Produkte (herstellerübergreifend) eine eigens finanzierte erweiterte Garantie ein. B.3.2.2.4. Fazit 458. In sämtlichen Produktmärkten bestand im untersuchten Zeitraum ein (teilweise beträchtliches) Arbitragepotenzial für ausgewählte

Produkte für Distributoren und Retailhändler. Infolge dieses Arbitragepotenzials wurden denn auch Parallelimporte getätigt, welche sich bis zu einem gewissen Grad disziplinierend auf das Wettbewerbsgeschehen in der Schweiz auswirkten. Darüber hinaus bestand in der Schweiz ein gewisser Intra- und Interbrand-Wettbewerb hinsichtlich Preis und Service. Der vorhandene Intra- und Interbrand-Preiswettbewerb war jedoch steigerungsfähig, ansonsten müssten Schweizer Händler eine Reduktion der Einstandspreise zumindest teilweise an die Kunden weitergeben, anstatt ihre Marge damit zu erhöhen. 459. Von den befragten 48 inländischen und 19 ausländischen Händlern gab keiner glaubhaft an, während der Abrededauer infolge von (nicht vertraglichen) Interventionen von Nikon auf Parallelhandel mit Nikon Imaging Produkten verzichtet zu haben. Dennoch ist zu erwarten, dass das Ausmass an Parallelimporten bedeutender ausgefallen und somit zusätzlicher Druck auf das Schweizer Preisniveau ausgeübt worden wäre, wenn die Vertriebsverträge von Nikon keine gebietsabschottenden Klauseln enthalten hätten, weil sich die meisten Vertriebspartner entsprechend dem Grundsatz pacta sunt servanda an die Bezugsbeschränkungen und die Exportverbote gehalten haben. Diese Vertragsklauseln wurden in casu durch folgende unterstützenden Massnahmen begleitet: Die Identifikation ausländischer Parallelhändler über Seriennummern – welche mit Hilfe von Schweizer Händlern im Markt erhoben wurden (vgl. Rz 153 ff.) –, und anschließende Druckausübung auf diese Parallelhändler via andere Nikon Ländergesellschaften (vgl. Rz 270 ff.). 460. Vor diesem Hintergrund geht die Einschätzung von Nikon, wonach in der Schweiz ein sehr intensiver Intra- und Interbrand-Wettbewerb hinsichtlich Preis und Service für Nikon Imaging Produkte bestehen soll, fehl. Die WEKO kommt aufgrund der vorstehenden Erwägungen vielmehr zum Schluss, dass auf den relevanten Produktmärkten ein gewisses Mass an Intra- und Interbrand-Wettbewerb besteht. B.3.2.2.3. Interbrand-Wettbewerb 461. Zur Analyse des Ausmasses an Wettbewerb zwischen Anbietern unterschiedlicher Imaging Produkte wird zunächst der aktuelle Wettbewerb auf den relevanten Märkten untersucht.

22/2010/00038/COO.2101.111.4.153527 105

B.3.2.2.3.1. Aktueller Wettbewerb Marktanteile 462. Ausgangspunkt für die Beurteilung des aktuellen Wettbewerbs ist die Identifikation der wichtigsten Wettbewerber auf dem Markt und deren Marktanteile. Die nachfolgenden Tabellen 2 bis 5 zeigen die geschätzten umsatzbasierten Marktanteile von Nikon und deren wichtigsten Konkurrenten auf den relevanten Produktmärkten in der Schweiz in den Jahren 2007 bis 2009 oder – falls verfügbar – bis 2010. Tabelle 2: Marktanteile Digitalkameras ohne Wechselobjektiv 2007–2010

Hersteller	2007	2008	2009	2010
Sony	[...]	[...]	[...]	[...]
Canon	[...]	[...]	[...]	[...]
Panasonic	[...]	[...]	[...]	[...]
Olympus	[...]	[...]	[...]	[...]
Nikon	[0-10]	[0-10]	[10-20]	[10-20]
Casio	[...]	[...]	[...]	[...]
Samsung	[...]	[...]	[...]	[...]
Fujifilm	[...]	[...]	[...]	[...]
Pentax	[...]	[...]	[...]	[...]
BenQ, Rollei u.a.	[...]	[...]	[...]	[...]

Quelle: GfK. Die von GfK ausgewiesenen Marktanteile beziehen sich jeweils auf das erste Quartal pro Jahr. Tabelle 3: Marktanteile Digitalkameras mit Wechselobjektiv 2007–2010

Hersteller	2007	2008	2009	2010
Nikon	[30-40]	[40-50]	[40-50]	[30-40]
Canon	[...]	[...]	[...]	[...]
Sony	[...]	[...]	[...]	[...]
Olympus	[...]	[...]	[...]	[...]
Panasonic	[...]	[...]	n.a.	[...]
Pentax	[...]	[...]	[...]	[...]
Sigma, Fujifilm, Leica, Samsung u.a.	[...]	[...]	[...]	[...]

Quelle: GfK. Die von GfK ausgewiesenen Marktanteile beziehen sich jeweils auf das erste Quartal pro Jahr. Die

Marktanteilsangaben für die Jahre 2007–2009 wurden auf Grundlage der Kit-view, d.h. inkl. Kit- Ausführungen, berechnet. Von einem Kit wird gesprochen, wenn das Gehäuse (sog. Body) zusammen mit einem oder zwei Objektiven im Paket angeboten wird. Die Marktanteilsangaben für das Jahr 2010 basieren auf einer Component-view, d.h. unter Abzug eines theoretischen Wertes für das Kit-Wechselobjektiv.

22/2010/00038/COO.2101.111.4.153527 106

Tabelle 4: Marktanteile Wechselobjektive 2007–2009 Hersteller 2007 2008 2009 Canon [...] % [...] % [...] % Leica [...] % [...] % [...] % Nikon [10-20] % [10-20] % [10-20] % Olympus [...] % [...] % [...] % Panasonic [...] % [...] % [...] % Sigma [...] % [...] % [...] % Sony [...] % [...] % [...] % Tamron [...] % [...] % [...] % Weitere [...] % [...] % [...] % Quelle: Erhebungen des Sekretariats. Zwecks Wahrung von Geschäftsgeheimnissen sind die Hersteller in alphabetischer Reihenfolge aufgeführt. Die Marktanteilberechnungen basieren auf dem von Canon, Nikon und Sony geschätzten durchschnittlichen Gesamtumsatz aller Wettbewerber im Schweizer Markt in der Zeitperiode 2007–2009 sowie auf die jährlichen Umsatzzahlen der jeweiligen Hersteller. Tabelle 5: Marktanteile Blitzgeräte 2007–2009 Hersteller 2007 2008 2009 Canon [...] % [...] % [...] % Elinchrom [...] % [...] % [...] % Leica [...] % [...] % [...] % Nikon [30-40] % [20-30] % [30-40] % Olympus [...] % [...] % [...] % Panasonic [...] % [...] % [...] % Profoto* [...] % [...] % [...] % Sigma [...] % [...] % [...] % Sony [...] % [...] % [...] % Weitere [...] % [...] % [...] % * Marktanteilsschätzung von Nikon. Quelle: Erhebungen des Sekretariats. Zwecks Wahrung von Geschäftsgeheimnissen sind die Hersteller in alphabetischer Reihenfolge aufgeführt. Die Marktanteilberechnungen basieren auf dem durch Canon und Nikon geschätzten durchschnittlichen Gesamtumsatz aller Wettbewerber im Schweizer Markt in der Zeitperiode 2007–2009 sowie auf die jährlichen Umsatzzahlen der jeweiligen Hersteller. 463. Den Tabellen ist zu entnehmen, dass Nikon insbesondere im Markt für Digital- kameras mit Wechselobjektiv mit [30-50] % beträchtliche Marktanteile hält und seit dem Jahr 2008 Marktführer ist. [...] wurde in der Folge zur Nummer Zwei im Markt. Der Markt für Digitalkameras mit Wechselobjektiv ist stark konzentriert: Nikon und [...] ver-

22/2010/00038/COO.2101.111.4.153527 107

einen zusammen rund [70-80] % des Marktes auf sich (sog. Konzentrationsindex K2). Die übrigen relevanten Produktmärkte sind weniger stark konzentriert. Aber auch dort bewegen sich die K2-Konzentrationsindizes zwischen [...] % im Jahr 2008 auf dem Markt für Wechselobjektive und [...] % im Jahr 2007 auf dem Markt für Blitzgeräte. 464. Ein Vergleich der Struktur des Schweizer Imaging Marktes mit den vier Nachbar- staaten der Schweiz zeigt keine wesentlichen Unterschiede auf: Laut der von Nikon in Auftrag gegebenen Studie von BAKBASEL weist der Schweizer Imaging Markt in den Produktgruppen Digitalkameras mit und ohne Wechselobjektiv keine aussergewöhnlich hohe Marktkonzentration auf. Auch die Marktanteile von Nikon in der Schweiz würden sich in derselben Grössenordnung bewegen wie jene im umliegenden Ausland. 465. Es bleibt darauf hinzuweisen, dass die Zahl der Wettbewerber je nach Produkt- markt beträchtlich variiert. So waren im Markt für Kameras ohne Wechselobjektiv im Zeitraum April 2007 bis März 2010 57 unterschiedliche Produzenten tätig. Im Produkt- markt der Kameras mit Wechselobjektiv war die Zahl der Marktteilnehmer mit 11 Mar- ken kleiner. Trotz der hohen Zahl an Wettbewerbern im Kompakt-Segment gibt es mit Sony, Canon und Panasonic klare Marktleader (vgl. Tabelle 2). Marktanteilsentwicklung 466. Nachfolgende Tabellen geben Auskunft über die Marktanteilsentwicklung auf den relevanten Märkten in

den Jahren 2007 bis 2009 oder – falls verfügbar – bis 2010. Die Marktanteilsentwicklung gibt zum einen Auskunft darüber, welche Unternehmen Marktanteile gewinnen konnten und welche Marktanteile verloren haben. Zum anderen wird deutlich, ob im Markt Bewegung zu beobachten ist. Starke Marktanteilsschwankungen können für einen dynamischen Markt sprechen. Stabile Marktstrukturen sind meist in gesättigten (stagnierenden) Märkten anzutreffen. Tabelle 6: Marktanteilsentwicklung Digitalkameras ohne Wechselobjektiv 2007–2010 [...] Quelle: GfK. Tabelle 7: Marktanteilsentwicklung Digitalkameras mit Wechselobjektiv 2007–2010 [...] Quelle: GfK. Tabelle 8: Marktanteilsentwicklung Wechselobjektive 2007–2009 [...] Quelle: Erhebungen des Sekretariats. Tabelle 9: Marktanteilsentwicklung Blitzgeräte 2007–2009 [...] Quelle: Erhebungen des Sekretariats. 467. Den Tabellen 6 bis 9 ist Folgendes zu entnehmen: ■ Digitalkameras ohne Wechselobjektiv: [...] gelang es in der Zeitperiode 2007 bis 2010 als einziger Herstellerin, die Marktanteile kontinuierlich und signifikant zu erhöhen. Die Marktanteile der meisten übrigen Hersteller waren in derselben Zeitperiode (teilweise beträchtlichen) Schwankungen unterworfen ([...]) oder

22/2010/00038/COO.2101.111.4.153527 108

mussten beträchtliche Marktanteilsverluste hinnehmen ([...]). Lediglich bei [...] und [...] blieben die Marktanteile bei je [...] % konstant. ■ Digitalkameras mit Wechselobjektiv: Im Markt für Digitalkameras mit Wechselobjektiv sind in der Zeitperiode 2007 bis 2010 wiederum beträchtliche Marktanteilsverschiebungen zu beobachten. Allein in der Periode 2009 bis 2010 [...] Nikon Marktanteile in Höhe von [...] %, während es [...] gelang, [...] % dazuzugewinnen. Dennoch konnte Nikon die im Jahr 2008 [...] bis ins Jahr 2010 [...]. Zudem bleibt darauf hinzuweisen, dass im Markt für Digitalkameras mit Wechselobjektiv in den nächsten Jahren Marktanteilsverschiebungen aufgrund der im Herbst 2008 von Olympus und Panasonic auf den Markt gebrachten spiegellosen Digitalkamera mit Wechselobjektiv zu erwarten sind (vgl. auch Rz 469). Dabei handelt es sich um Kameras, welche wie Kameras ohne Wechselobjektiv über keinen Spiegel verfügen, aber wie Spiegelreflexkameras die Möglichkeit bieten, verschiedene Objektivs auf das Gehäuse zu montieren (vgl. Rz 366). Sony hat mit ihren NEX-Kameras im April 2010 ebenfalls ein solches Produkt eingeführt. ■ Wechselobjektive: Im Markt für Wechselobjektive gehörten [...] in der Zeitperiode 2007 bis 2009 zu den Verlierern von Marktanteilen während die Marktanteile von [...] insgesamt konstant blieben, auch wenn bei [...] zwischen den einzelnen Jahren gewisse Schwankungen in Höhe von [...] % zu verzeichnen waren. Kontinuierlich Marktanteile dazugewinnen konnten [...]. ■ Blitzgeräte: In der Zeitperiode 2007 bis 2009 verlor [...] kontinuierlich Marktanteile. Die Marktanteile von [...] blieben in dieser Beobachtungsperiode konstant, waren jedoch in den einzelnen Jahren beträchtlichen Schwankungen unterworfen (+/-[...] %). Dennoch behielt [...] im gesamten Beobachtungszeitraum die Marktführerschaft. [...], der Nummer [...] im Markt, gelang es, die Marktanteile kontinuierlich zu erhöhen. Die Marktanteile der übrigen Marktteilnehmer verzeichneten keine signifikanten Veränderungen. 468. Zusammenfassend ist in allen relevanten Produktmärkten eine gewisse Dynamik zu beobachten. Dies gilt insbesondere für die Märkte Digitalkameras mit und ohne Wechselobjektiv. Dieses Fazit wird verstärkt, wenn die Marktanteilsentwicklung von Kameras mit und ohne Wechselobjektiv auf monatlicher anstatt auf jährlicher Basis betrachtet wird, wie die beiden nachfolgenden Abbildungen zeigen. Abb. 3: Marktanteilsentwicklung Nikon Digitalkameras ohne Wechselobjektiv (April 2007–März 2010) [...] Quelle: Berechnungen von BAKBASEL

basierend auf GfK-Daten. Abb. 4: Marktanteilsentwicklung Nikon Digitalkameras mit Wechselobjektiv (April 2007– März 2010) [...] Quelle: Berechnungen von BAKBASEL basierend auf GfK-Daten. Produkt- und Preisdifferenzierung 469. Die Produktpalette von Imaging Produkten zeichnet sich in allen relevanten Märkten durch eine weitgehende Produktdifferenzierung aus (vgl. Rz 360 ff.), was für einen funktionierenden Interbrand-Wettbewerb spricht. So wurden im Zeitraum April 2007 bis März 2010 laut BAKBASEL im Kompakt-Segment (Kameras ohne Wechselobjektive)

22/2010/00038/COO.2101.111.4.153527 109

mehr als 1'200 verschiedene Typen von Kompaktkameras in der Schweiz verkauft. Im SLR-Segment (Kameras mit Wechselobjektiv) wurden in diesem Zeitraum 90 Kamera-typen angeboten. Ausdruck dieser Produktdifferenzierung ist auch die Innovation der spiegellosen Kamera mit Wechseloptik im Herbst 2008, welche laut Angaben von Ni- kon innerhalb von zwei Jahren in der EU einen Marktanteil von ca. 5 % erreichte. In Japan betrage der Marktanteil bereits ca. 40 %. Ähnlich revolutionäre Innovationen werden von den befragten Herstellern in den nächsten zwei Jahren in keinem Pro- duktmarkt erwartet. 470. Diese Produktdifferenzierung schlägt sich in einer Preisdifferenzierung nieder. Die bei Digitalkameras mit und ohne Wechselobjektiv vorhandene Preisdifferenzierung je nach Marke wird in den folgenden Abbildungen 5 bis 8 basierend auf Daten von GfK für die Zeitperioden April 2008 bis April 2010 illustriert. Die Abbildungen geben die durchschnittlichen Preise für Digitalkameras mit und ohne Wechselobjektiv pro Herstel- ler an. Abb. 5: Preise Digitalkameras ohne Wechselobjektiv April 2008 bis April 2009 [...] Quelle: GfK. Abb. 6: Preise Digitalkameras ohne Wechselobjektiv April 2009 bis April 2010 [...] Quelle: GfK. Abb. 7: Preise Digitalkameras mit Wechselobjektiv April 2008 bis April 2009 [...] Quelle: GfK. Abb. 8: Preise Digitalkameras mit Wechselobjektiv April 2009 bis April 2010 [...] Quelle: GfK. 471. Den Abbildungen 5 und 6 ist zu entnehmen, dass [...] im Produktmarkt Digital- kameras ohne Wechselobjektiv der durchschnittlich teuerste Anbieter ist. Nikon befin- det sich mit ihren Produkten (ohne Berücksichtigung der billigeren Anbieter [...] und [...], welche erst in den letzten Jahren in den Markt eingetreten sind und von GfK erst für die Zeitperiode April 2009 bis April 2010 in die Erhebung aufgenommen wurden) im unteren Preisbereich. Die Abbildungen 5 und 6 zeigen ferner, dass die Preise für Kom- paktkameras im Zeitraum April 2008 bis April 2010 in der Tendenz gefallen sind. Die verschiedenen Marken werden innerhalb einer bedeutenden Preisbandbreite angebo- ten, wobei pro Anbieter bedeutende Preisschwankungen zu beobachten sind. 472. Im Markt für Digitalkameras mit Wechselobjektiv sind die Preise im Zeitraum April 2008 bis April 2009 beträchtlich gefallen und blieben in der Periode April 2009 bis April 2010 eher konstant (vgl. Abbildungen 7 und 8). Laut Nikon ist die Senkung der Durch- schnittspreise Ausdruck des intensiven Innovationswettbewerbs und des starken Inter- brand-Preiswettbewerbs. Die Hersteller würden sich regelmässig mit Cash Back-

22/2010/00038/COO.2101.111.4.153527 110

Promotionen¹⁴⁴ für Endkunden und Händleraktionen, mit Rabatten im Umfang von ca. [...] % auf ausgewählten Modellen und regelmässig stattfindenden, umfassenden Preisaktionen konkurrieren. Schliesslich finde auch ein Wettbewerb über unterschiedli- che Dienstleistungen wie etwa die Nachbetreuung der Kunden, die Fotografieausbil- dung sowie die Dauer und den Umfang der Garantie statt. 473. Auch im Markt für Digitalkameras mit Wechselobjektiv bestehen zwischen den einzelnen Marken Preisunterschiede. Nikon bot im Zeitraum April 2008 bis April 2009 durchschnittlich [...]

an. Im darauf folgenden Jahr erfasste GfK zusätzlich die Firma [...], welche in dieser Periode von den beobachteten Marktteilnehmern Nikon als teuerste Anbieterin ablöste. Eine gewisse Rolle bei dieser Entwicklung dürfte die im Herbst 2008 von Olympus und Panasonic auf den Markt gebrachten spiegellosen Kameras mit Wechselobjektiv gespielt haben (vgl. Rz 467). 474. Wie auch auf dem Markt für Kompaktkameras schwanken die beobachteten durchschnittlichen Preise pro Marke auf dem Markt für Kameras mit Wechselobjektiv während des beobachteten Zeitraums. Diese Schwankungen lassen sich laut Angaben von Nikon durch einen intensiven Intra- und Interbrand-Wettbewerb, konstante technologische Fortschritte (z.B. Einführung der DCIL-Kamera [vgl. Rz 366] im Jahr 2008, Einführung der Video-Funktion in Digitalkameras mit Wechselobjektiv im September 2008, Weiterentwicklung der ISO-Werte¹⁴⁵ im November 2009, Weiterentwicklung der Bildschirme¹⁴⁶, der Belichtungsmessung und des Bildaufbereitungsprozesses) und kurze Technologiezyklen erklären. So würden die einzelnen Kameramodelle in regelmäßigen und kurzen Zeitabständen von 2–3 Jahren durch jeweilige Nachfolgemodelle ersetzt. Dies führe dazu, dass grosse Mengen von Auslaufmodellen zu günstigen Preisen verkauft würden, was sich entsprechend auf die Durchschnittspreise auswirke. 475. Zusammenfassend ist auf beiden Kamera-Märkten eine Produkt- und Preisdifferenzierung festzustellen. 476. Für die Produktmärkte Wechselobjektive und Blitzgeräte existieren keine entsprechenden Grafiken von GfK. Das Sekretariat fragte jedoch die Hersteller von Wechselobjektiven und Blitzgeräten nach den Preisbandbreiten (Mindestpreis/Höchstpreis) sowie den Durchschnittspreisen, zu welchen ihre jeweils drei umsatzstärksten Produkte im Jahr 2009 in der Schweiz an Endkunden verkauft wurden. Die Angaben der Hersteller sind den Tabellen 10 und 11 zu entnehmen. Auch in diesen beiden Produktmärkten schlägt sich die Produktdifferenzierung in einer Preisdifferenzierung nieder.

144 Bei einer Cash Back-Promotion kauft der Endkunde bei einem Händler ein Produkt und erhält nach Registrierung über die Hersteller-Homepage vom Hersteller einen Betrag zurück. Der Vorteil für den Hersteller liegt darin, dass nicht alle Kunden den Betrag zurückfordern und der Hersteller selber bessere Marktkenntnisse gewinnt, da der Kunde oft angeben muss, welche andere Produkte er verwendet. 145 Je höher die ISO-Empfindlichkeit, desto weniger Licht wird für die Fotoaufnahme benötigt. 146 Neue Bildschirme sind wesentlich grösser, geben die Farben besser wieder und erreichen eine höhere Auflösung als ältere Bildschirme.

22/2010/00038/COO.2101.111.4.153527 111

Tabelle 10: Endverkaufspreise verschiedener Hersteller von Wechselobjektiven im Jahr 2009

Hersteller	Produkt	Preisbandbreite	Durchschnittspreis	Tiefstpreis	Höchstpreis
Nikon*	AF-S DX VR 55-200	[261-278]	n.a.	n.a.	n.a.
	AF-S VR Micro 105mm	[899-999]	n.a.	n.a.	n.a.
	AF-S VR 70-300mm	[586-634]	n.a.	n.a.	n.a.
	AF-S 24-70mm	[1'942-2'083]	n.a.	n.a.	n.a.
	AF-S VR 18-200mm	[728-768]	n.a.	n.a.	n.a.
	AF-S DX 35mm	[240-264]	n.a.	n.a.	n.a.
	AF-S VR II 18-200mm	[850-985]	n.a.	n.a.	n.a.
	AF-S 50mm/ 1.4G	[428-480]	n.a.	n.a.	n.a.
	AF-S DX 16-85mm	[641-678]	n.a.	n.a.	n.a.
	AF D50 / 1.8G	[158-163]	n.a.	n.a.	n.a.
Canon	EF 70-300mm f/4-5.6 IS USM	586 988	n.a.	n.a.	n.a.
	EF-S 55-250mm IS 281	508	n.a.	n.a.	n.a.
	EF 100mm f/2.8L IS USM	1'117 1'167	n.a.	n.a.	n.a.
Tamron	3.5-6.3 18-270mm VC	[500-600] [800-900] [...]			
	3.5-6.3 18-200 mm VC	[200-300] [300-400] [...]			
	2.8 17-50 mm VC	[400-500] [800-900] [...]			
Leica	Summilux 35	[4'000-5'000] [5'000-6'000] [...]			
	Summilux 50	[3'000-4'000] [4'000-5'000] [...]			
Sigma	10-20mm	698 802.7 [...]			
	18-250mm	768 883.2 [...]			
	120-400mm	998 1147.7 [...]			
Sony					

SAL-18250 650 998 n.a. SAL-70400G 1799 2448 n.a. SAL-2470Z 2299 3198 n.a.
Olympus 70-300 mm 649 698 [...] 50-200mm 1'599 1'898 [...] 14-42 mm 358 398 [...] *
Die Werte von Nikon beziehen sich auf die Periode April bis Dezember 2009 basierend auf
Angaben des Preisvergleichsdienstes www.toppreise.ch. Quelle: Erhebungen des
Sekretariats.

22/2010/00038/COO.2101.111.4.153527 112

Tabelle 11: Endverkaufspreise verschiedener Hersteller von Blitzgeräten im Jahr 2009
Hersteller Produkt Preisbandbreite Durchschnittspreis Tiefstpreis Höchstpreis Nikon*
SB-900 [432-456] n.a. n.a. SB-800 [450-617] n.a. n.a. SB-600 [278-295] n.a. n.a. SB-400
[129-136] n.a. n.a. Canon Speedlite 430 EX II 287 478 n.a. Speedlite 580 EX II 460 878
n.a. Speedlite 270 EX II 153 238 n.a. Leica SF 58 [700-800] [800-900] [...] SF 24
[400-500] [400-500] [...] Olympus FL-50R 750 828 [...] FL-36R 319 378 [...] Sony
HVL-F42aM 299 499 n.a. HVL-F58AM 499 949 n.a. HVL-F20AM 169 249 n.a. * Die
Werte von Nikon beziehen sich auf die Periode April bis Dezember 2009 basierend auf
Angaben des Preisvergleichsdienstes www.toppreise.ch. Quelle: Erhebungen des
Sekretariats. Preissensitivität der Schweizer Konsumenten 477. BAKBASEL hat im
Auftrag von Nikon mit ökonomischen Schätzverfahren untersucht, wie stark
(potenzielle) Käufer von Kameras in der Schweiz auf Preisänderungen reagieren. Die
Ergebnisse zeigen, dass eine Verschlechterung (d.h. Erhöhung) der relativen Preise von
Nikon Kameras im Vergleich zu Konkurrenzprodukten in der Tendenz zu einem
Nachfragerückgang nach Nikon Kameras führt. Umgekehrt bewirkt eine Verbesserung (d.h.
Reduktion) der relativen Preise von Nikon Kameras einen Nachfrageanstieg nach Nikon
Kameras. Daraus lässt sich in der Tendenz eine gewisse Preissensitivität der Schweizer
Konsumenten ableiten. Allerdings waren die geschätzten Koeffizienten für die relative
Preisvariable für einige Nikon Kameras nicht oder nur schwach signifikant. Bei nicht
signifikanten Koeffizienten kann die Aussage zum Nachfragerückgang infolge einer
relativen Preiserhöhung von Nikon Kameras nicht gemacht werden, da die die
Irrtumswahrscheinlichkeit hoch ist ($> 10\%$). Zudem weisen die Schätzungen tiefe Werte
für das Bestimmtheitsmass (R^2)¹⁴⁷ auf (i.d.R. < 0.4). Fazit 478. Auf sämtlichen
betrachteten Produktmärkten (Digitalkameras ohne Wechselobjektiv, Digitalkameras mit
Wechselobjektiv, Wechselobjektive und Blitzgeräte) liegt aktueller
Interbrand-Wettbewerb vor. 479. Obwohl aktueller Wettbewerb besteht, wird der
Vollständigkeit halber auch noch der potenzielle Wettbewerb untersucht.

147 Das Bestimmtheitsmass gibt den Anteil der Varianz einer abhängigen Variablen (hier:
die Veränderung der [logarithmierten] Absatzmenge eines bestimmten Produktes) an, der
durch die Schätzgleichung erklärt wird (erklärte Streuung). Mit anderen Worten signalisiert
das Bestimmtheitsmass die Erklärungskraft eines Modells.

22/2010/00038/COO.2101.111.4.153527 113

B.3.2.2.3.2. Potenzieller Wettbewerb Markteintrittsbarrieren und Markteintritte 480. Bei
der Beurteilung der Markteintrittsbarrieren ist zwischen den verschiedenen relevanten
Produktmärkten zu unterscheiden. Die befragten Hersteller von Imaging Produkten
beurteilen die Markteintrittsbarrieren für die Produktmärkte Digitalkameras mit
Wechselobjektiv und Objektive als mittel bis hoch, jene für Digitalkameras ohne
Wechselobjektiv als insgesamt tief bis mittel. Bei Blitzgeräten sind die Meinungen ge-
teilt: Die Beurteilung der Markteintrittsbarrieren bei Blitzgeräten erstreckt sich von tief bis sehr

hoch. Überzeugender ist, dass die Eintrittshürden in den Markt für Blitzgeräte – gerade auch im Vergleich zu den übrigen relevanten Produktmärkten – eher tief sind (vgl. unten). Die Begründungen für diese Einschätzungen lauten wie folgt: ■ **Digitalkameras mit Wechselobjektiv:** Viele Unternehmen z.B. im Bereich der Unterhaltungselektronik würden bereits über einen wesentlichen Teil des Know-how zur Digitaltechnologie verfügen und könnten daher mit einem mittleren zeitlichen und finanziellen Aufwand das restliche Know-how zur Herstellung von digitalen Spiegelreflexkameras erwerben. Dasselbe gelte grundsätzlich auch für den Erwerb des Know-how für die Herstellung von spiegellosen Kameras mit Wechselobjektiv. Die Eintrittsschranken würden stark davon abhängen, aus welcher Branche das eintretende Unternehmen stamme und welche Vorkenntnisse, Marktposition usw. es mitbringe. Als konkretes Beispiel eines erfolgreichen Markteintritts im Bereich der digitalen Spiegelreflexkameras sei der Hersteller von Unterhaltungselektronik Panasonic zu erwähnen. Panasonic habe im Jahr 2008 mit der Herstellung und dem Verkauf von digitalen Spiegelreflexkameras begonnen und erreiche heute beispielsweise in Japan und Grossbritannien bereits einen Marktanteil von ca. [...] %. In der Schweiz beträgt der Marktanteil von Panasonic [...] % (vgl. Tabelle 3). Der Hersteller Sony ist im Jahr 2006 mit der Übernahme von Minolta in den Markt eingetreten und hält heute einen Marktanteil von [...] % (vgl. Tabelle 3). Im April 2010 habe Sony zudem ihre spiegellose Digitalkamera mit Wechselobjektiv (NEX) eingeführt und mit diesem Produkt in Japan innerhalb von zwei Monaten einen mengenbasierten Marktanteil von ca. [...] % erreicht. ■ **Digitalkameras ohne Wechselobjektiv:** Im Vergleich zum Markt für digitale Kameras mit Wechselobjektiv seien die Markteintrittsbarrieren im Bereich der digitalen Kompaktkameras ohne Wechselobjektiv tiefer. Insbesondere das für die Herstellung von digitalen Kompaktkameras ohne Wechselobjektiv notwendige Know-how sei zeitlich wie auch finanziell einfacher zu erwerben als für Kameras mit Wechselobjektiv. Es ist davon auszugehen, dass die Markteintrittsbarrieren insbesondere für Hersteller von Digitalkameras mit Wechselobjektiven [...] zu überwinden sind. Dies gilt namentlich aufgrund der Möglichkeit, die Produktion oder Teile der Produktion an Erstausrüster auszulagern (vgl. Rz 373). In den letzten Jahren sind denn auch einige Unternehmen in den Markt eingetreten, wie etwa Hyundai, General Electric, Casio, BenQ und Samsung. ■ **Objektive:** Die Entwicklung der Optiktechnologie für die Herstellung von Objektiven erfordere relativ viel Zeit. Immerhin bestehe für ein in diesen Markt neu eintretendes Unternehmen die Möglichkeit, in der Entwicklung des Objektivs mit Drittanbietern zusammenzuarbeiten. Solche Drittanbieter wie Sigma, Tamron oder Tokina würden bereits über die notwendige Technologie verfügen und diese neu eintretenden Unternehmen zur Verfügung stellen. Gesamthaft gesehen seien die Markteintrittsbarrieren für ein Unternehmen, welches nicht bereits im Bereich der Optik tätig sei, als „mittel“ zu bewerten.

22/2010/00038/COO.2101.111.4.153527 114

■ **Blitzgeräte:** Die Herstellung von Blitzgeräten beruhe auf einer weit weniger aufwändigen Technologie als etwa die Herstellung von Objektiven. Es bestünde eine Vielzahl von Drittanbietern wie Nissin oder Mertz, die Blitzgeräte für digitale Spiegelreflexkameras von Nikon und anderen Kameraherstellern anbieten würden. Gesamthaft betrachtet seien die Markteintrittsschranken im Bereich von Blitzgeräten als [...] einzustufen. 481. Nachfolgend wird der Frage nachgegangen, welches Ausmass an Wettbewerbsdruck von Parallelimporten von Imaging Produkten aller Herstellermarken – und nicht nur von Nikon

Imaging Produkten wie bei der Beurteilung des Intra- und Interbrand-Wettbewerbs – auf die relevanten Produktmärkte ausgeht. Arbitragemöglichkeit und Parallelimporte 482. Die Arbitragemöglichkeiten bei verschiedenen Marken von Imaging Produkten können basierend auf die Antworten der befragten Hersteller wie folgt beurteilt werden: Fujifilm schätzt den Preisunterschied zum Ausland generell auf 20–35 %. Der Generalimporteur von Sigma-Produkten [...] beurteilt den Preisunterschied zum Ausland für Händler von Sigma-Produkten auf 5–10 %, für Endkunden auf 10 %. Olympus schätzt die möglichen Arbitragegewinne für Händler und Endkunden auf 3–5 %. Schliesslich existieren für Händler von Leica-Produkten laut eigenen Angaben infolge einheitlicher Abgabepreise an den Handel keine grossen internationalen Preisunterschiede. Endkunden könnten in den USA infolge der Dollarschwäche aktuell rund 15–20 % (exkl. Mehrwertsteuer) günstiger einkaufen. Nach Berücksichtigung der Mehrwertsteuer, der Bearbeitungsgebühr für die Mehrwertsteuererhebung und des Portos schmelze der Preisvorteil auf ca. 5–7 %. Somit bestehen je nach Herstellermarke Unterschiede hinsichtlich der Arbitragemöglichkeiten. 483. Dementsprechend variiert die Parallelimportquote der Schweizer Händler laut Schätzungen der befragten Hersteller vom tiefen einstelligen Bereich bis zu beträchtlichen 45 % (vgl. Rz 384). Die Schätzung eines Importanteils von 45 % stammt jedoch von einem Hersteller, der seinen Vertrieb in der Schweiz über einen Generalimporteur organisiert hat und insofern eine Ausnahme darstellt. Basierend auf diese Zahlen ist davon auszugehen, dass von Parallelimporten ein gewisser disziplinierender Effekt ausgeht. Fazit 484. Die Analyse der Markteintrittsbarrieren und erfolgten Markteintritte in den letzten Jahren zeigt, dass die Eintrittsbarrieren je nach Produktmarkt variieren. Generell ist davon auszugehen, dass die Hürden, um in den Markt für Digitalkameras ohne Wechselobjektiv und Blitzgeräte einzutreten, tiefer sind als für die Märkte Digitalkameras mit Wechselobjektiv und Objektive. In allen Märkten scheinen die Markteintrittsbarrieren jedoch zumindest für Unternehmen, die im Bereich Optik bereits aktiv sind, überwindbar zu sein. Ferner geht von Parallelimporten von Imaging Produkten verschiedener Hersteller ein gewisser disziplinierender Effekt aus. B.3.2.2.3.3. Fazit 485. Der auf den relevanten Produktmärkten vorhandene Interbrand-Wettbewerb reicht aus, um die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs gemäss Art. 5 Abs. 4 KG – in Kombination mit dem vorhandenen Intra- und Interbrand-Wettbewerb – widerlegen zu können.

22/2010/00038/COO.2101.111.4.153527 115

B.3.2.3. Zwischenergebnis 486. Die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs gemäss Art. 5 Abs. 4 KG kann durch den vorhandenen Intra- und Interbrand-Wettbewerb für sämtliche relevanten Produktmärkte widerlegt werden. B.3.3. Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs 487. Wenn die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs widerlegt werden kann, stellt sich die Frage, ob die Abrede zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Sinne von Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG führt. 488. Bei der damit verbundenen Prüfung werden sowohl qualitative wie auch quantitative Kriterien berücksichtigt. Die Abwägung dieser beiden Kriterien erfolgt in der Regel einzelfallweise in einer Gesamtbeurteilung. Dabei kann eine qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigung trotz quantitativ geringfügiger Auswirkungen erheblich sein. Umgekehrt kann eine Beeinträchtigung mit quantitativ beträchtlichen Auswirkungen den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen, auch wenn sie qualitativ nicht schwerwiegend ist (Ziff. 12 Abs. 1 VertBek). B.3.3.1. Qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigung des Wettbewerbs 489. Im Fall „Volkswagen Vertriebssystem“ hielt die WEKO fest, dass eine

Klausel, welche das Verbot von Passivverkäufen in einem selektiven Vertriebssystem bezweckt oder bewirkt, eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG darstellt.¹⁴⁸ Im Fall „Système de distribution Citroën“ qualifizierte die WEKO zudem verschiedene Elemente eines Vertriebssystems, die in ihrem Zusammenwirken eine Beschränkung von Passivverkäufen bezwecken, als vertikale Gebietsabsprache und als erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung.¹⁴⁹ Dies entsprach auch Ziff. 3.b der damals geltenden Vertikalbekanntmachung 2002. 490. In ihrer jüngeren Praxis zu Art. 5 Abs. 4 KG hielt die WEKO fest, dass Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen über Mindest- oder Festpreise so- wie absolute Gebietsschutzabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG vom Gesetzgeber als besonders schädlich erachtet wurden und deshalb als qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigungen des Wettbewerbs zu qualifizieren sind.¹⁵⁰ Diese Praxis fand Niederschlag in Ziff. 12 Abs. 2 VertBek, welche gewisse Abreden als qualitativ schwerwiegend qualifiziert. 491. In casu hat Nikon mit Hilfe von gebietsabschottenden Klauseln (Bezugsverbot ausserhalb des Vertragsgebiets im alten Grossistenvertrag, in den „D3S/D3X“- und „NPSD“-Verträgen sowie den Exportverboten in die Schweiz in ausländischen Vertriebsverträgen) Parallelimporte behindert (vgl. Rz 252). Diesen vertraglichen Verpflichtungen wurde durch Druckausübung seitens Nikon Ländergesellschaften auf ausländische Parallelhändler zusätzlicher Nachdruck verliehen (vgl. Rz 253 ff.). Bei den vorliegenden absoluten Gebietsschutzabreden handelt es sich um qualitativ schwerwiegende Abreden i.S.v. Ziff. 12 Abs. 2 VertBek. 492. Laut Nikon liegt in casu im Wesentlichen aus folgenden Gründen keine qualitativ erhebliche Wettbewerbsbeschränkung vor:

148 RPW 2000/2, 209 Rz 50, Volkswagen Vertriebssystem. 149 RPW 2002/3, 459 ff. Rz 18 ff., Système de distribution Citroën. 150 Vgl. RPW 2009/2, 153 Rz 75, Sécateurs et cisailles; RPW 2010/1, 103 Rz 307, Gaba.

22/2010/00038/COO.2101.111.4.153527 116

■ Die oben zitierte Praxis der WEKO vor Einführung von Art. 5 Abs. 4 KG würde sich auf Beschränkungen von Querlieferungen in selektiven Vertriebssystemen beziehen. Eine geografische Beschränkung des Bezugsgebiets im offenen Vertrieb – wie er in casu vor Einführung des Selektivvertriebs im September 2009 vorgelegen habe – habe jedoch eine wesentlich geringere „abschottende“ Wirkung als ein Querlieferverbot im Selektivvertrieb. Dies aus folgendem Grund: Die Unterbindung von Querlieferungen zwischen in- und ausländischen zugelassenen Händlern führe dazu, dass im Gebiet Schweiz weder zugelassene noch nicht-zugelassene Händler die Möglichkeit hätten, Parallelimporte zu tätigen. Würden hingegen Vertragshändler in einem offenen Vertrieb im Bezug aus dem Ausland eingeschränkt, so hätten daneben hunderte Händler, die in keinem Vertragsverhältnis mit dem Hersteller (vorliegend Nikon Schweiz) stehen würden, die Möglichkeit, uneingeschränkt Parallelimporte zu tätigen. Gleichzeitig könnten auch Vertragshändler an Parallelimporte gelangen, indem sie diese von den Händlern ohne Vertrag erwerben würden. Entsprechend dürfe im vorliegenden Fall nicht von einer per se qualitativen Erheblichkeit ausgegangen werden. ■ Diese Auffassung werde auch durch den Wortlaut von Ziff. 12 VertBek gestützt: Nach Ziff. 12 Abs. 2 lit. a VertBek 2007 gelte als qualitativ erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs die „geografische Beschränkung des Absatzgebiets“. Auch Ziff. 12 Abs. 2 lit. a VertBek 2010 spreche nur von Verkaufsausschlussabreden, nicht von Bezugsbeschränkungsabreden. Somit seien letzere Abreden auch nach der Vertikalbekanntmachung 2010 zu Recht nicht als qualitativ erheb-

liche Wettbewerbsbeschränkungen zu betrachten. 493. Diese Vorbringen von Nikon stossen aus folgenden Gründen ins Leere: ■ Entgegen den Vorbringen von Nikon konnten auch Schweizer Händler ohne Vertrag mit Nikon während der Abrededauer nicht uneingeschränkt im Ausland ein-kaufen, weil sich ausländische Händler in einigen Ländern – darunter Deutschland als bedeutendste Handelsnation der Schweiz – vertraglich verpflichteten, keine Lieferungen in die Schweiz zu tätigen (vgl. Rz 252). Diesen vertraglichen Verpflichtungen wurde durch die Druckausübung seitens der Nikon Ländergesellschaften auf ausländische Parallelhändler zusätzlicher Nachdruck verliehen (vgl. Rz 253 ff.). Auch ein Bezug bei ausländischen Händlern, welche nicht zum Vertrieb zugelassen waren und somit in keinem Vertragsverhältnis mit Nikon standen, wurde von Nikon behindert (vgl. Rz 230). Schliesslich ist zwar nicht auszuschliessen, dass Vertragshändler in der Schweiz von inländischen Händlern, die nicht in einem Vertragsverhältnis mit Nikon Schweiz standen, inoffizielle Ware kaufen konnten. Allerdings dürfte dies – wenn überhaupt – nur zu einem höheren Preis möglich gewesen sein, da der Parallelimporteur eine Marge für sich einbehält; ■ Die von Nikon zitierte ehemalige Ziff. 12 Abs. 2 lit a VertBek 2007 hielt fest, dass die „direkte oder indirekte Beschränkung des geografischen Absatzgebietes“ eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung darstellt. Geografische Bezugsbeschränkungen in inländischen Verträgen führen zu einem indirekten Ausschluss von Verkäufen in die Schweiz während Exportverbote in Verträgen ausländischer Händler zu einem direkten Ausschluss von Verkäufen in die Schweiz führen (vgl. Rz 222). In solchen Fällen lag gemäss Ziff. 12 Abs. 2 lit. a VertBek 2007 eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung aufgrund des Gegenstandes vor. Ziff. 12 Abs. 2 lit. b VertBek 2010 spricht in solchen Fällen von einer qualitativ schwerwiegenden Wettbewerbsbeeinträchtigung. Vorliegend stützt sich die WEKO auf die Vertikalbekanntmachung 2010 (vgl. Fn 25).

22/2010/00038/COO.2101.111.4.153527 117

B.3.3.2. Quantitative Beeinträchtigung des Wettbewerbs 494. Die Prüfung der quantitativen Beeinträchtigung des Wettbewerbs erfolgt üblicherweise anhand derselben Konzepte wie die Frage, ob die Unzulässigkeitsvermutung nach Art. 5 Abs. 4 KG widerlegt werden kann;¹⁵¹ d.h. im Fall von Vertikalabreden anhand des vorhandenen Intra- und Interbrand-Wettbewerbs. Die Analyse unterscheidet sich jedoch im Mass der Wettbewerbsbeeinträchtigung, welches erreicht sein muss, damit eine Abrede den Wettbewerb beseitigt oder (nur) erheblich beeinträchtigt. Damit verbunden ist eine unterschiedliche Herangehensweise in der Analyse: Bei der Frage der Widerlegung der Unzulässigkeitsvermutung beginnt die Analyse bei der Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs. Davon ausgehend wird untersucht, ob das Ausmass an vorhandenem Intra- und Interbrand-Wettbewerb ausreicht, um die Vermutung zu widerlegen (top-down). Die bisherige Praxis der WEKO zeigt, dass die Widerlegung in der Regel gelingt, ausser wenn die Abrede im gesamten relevanten Markt besteht und somit auch horizontale Auswirkungen zeitigt.¹⁵² Bei der Frage, ob eine Wettbewerbsbeschränkung den Wettbewerb quantitativ beeinträchtigt, beginnt die Analyse hingegen ausgehend von einer Situation, in der (hypothetisch) ein uneingeschränkter Wettbewerb besteht (bottom-up). Aus dieser Perspektive werden an die quantitativen Auswirkungen von qualitativ schwerwiegenden Abreden keine hohen Anforderungen gestellt, um die Frage der quantitativen Beeinträchtigung des Wettbewerbs zu bejahen. Dabei gilt es zu beachten, dass bei qualitativ schwerwiegenden Abreden

im Vergleich zu anderen vertikalen Abreden in quantitativer Hinsicht tiefere Anforderungen genügen, um sie als erhebliche Wettbewerbsbeschränkung zu qualifizieren (Erw.-Gr. IX. VertBek).¹⁵³ 495. Damit gilt für die sanktionierbaren „harten“ vertikalen Abreden dasselbe Prinzip wie für „harte“ horizontale Abreden:¹⁵⁴ Der Gesetzgeber hat mit der Unterstellung der drei „harten“ Typen von horizontalen Abreden unter den Vermutungstatbestand sowie unter die Sanktionierbarkeit eine erste Auswahl der schädlichsten Abredetypen getroffen. Mit der Einführung von Art. 5 Abs. 4 KG im Jahr 2003 hat der Gesetzgeber bewusst die beiden – auch in anderen Jurisdiktionen (vgl. Rz 496) als besonders schwerwiegend erachteten – Typen von vertikalen Abreden (Gebietsabschottung und Preisbindung zweiter Hand) den drei „harten“ horizontalen Typen gleichgestellt, und zwar sowohl bezüglich Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung als auch der direkten Sanktionierbarkeit.¹⁵⁵ Er hat mit anderen Worten die Auswahl der schädlichsten Abredetypen auf fünf ausgedehnt, und zwar als abschliessende Aufzählung, aber ohne Unterscheidung zwischen horizontalen und vertikalen Abreden. 496. Die in quantitativer Hinsicht geringen Anforderungen bei Vorliegen „harter“ (vertikaler und horizontaler) Abreden rechtfertigt sich insbesondere vor dem Hintergrund der europäischen Praxis, gemäss welcher die konkreten Auswirkungen einer Kernbeschränkung (vgl. Rz 205) nicht im Einzelnen berücksichtigt werden müssen: Kernbe-

151 Vgl. RPW 2005/2, 263 Rz 73, Swico/Sens. 152 RPW 2009/2, 143 ff, *Sécateurs et cisailles*; RPW 2010/1, 65 ff.; Gaba; RPW 2010/4, 649 ff.; *Hors-Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra*. 153 Dieses Prinzip entspricht der Praxis der WEKO, welche im Entscheid *Sécateurs et cisailles* Folgendes festhielt: "En revanche, l'élément quantitatif de notabilité n'est pas atteint lorsque les restrictions ne déploient que des effets s'avérant non significatifs sur le marché dans un cas donné, voire même pas d'effets du tout, et ne sont pas susceptibles non plus d'entraîner de tels effets." RPW 2009/2, 153 Rz 75, *Sécateurs et cisailles*. 154 RPW 2010/4, 752 Rz 319, *Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren*. 155 Vgl. ROGER ZÄCH, *Schweizerisches Kartellrecht*, 2 Aufl., 2005, S. 214 Rz 445 f.; BSK- KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 67), Art. 5 KG N 8 f.

22/2010/00038/COO.2101.111.4.153527 118

schränkungen werden unabhängig von den Marktanteilen der an der Abrede beteiligten Unternehmen nicht von der de minimis-Bekanntmachung¹⁵⁶ gedeckt. Dementsprechend brauchen die konkreten Auswirkungen einer abgestimmten Verhaltensweise, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezweckt, nach ständiger Praxis des EuGH nicht berücksichtigt zu werden.¹⁵⁷ Für den wettbewerbswidrigen Zweck reicht es bereits aus, wenn die abgestimmte Verhaltensweise das Potenzial hat, negative Auswirkungen auf den Wettbewerb zu entfalten. Demgemäss muss die abgestimmte Verhaltensweise also lediglich konkret geeignet sein, zu einer Wettbewerbsbeschränkung zu führen.¹⁵⁸ Somit ist in der EU die Einzelfreistellung vom Kartellverbot lediglich basierend auf eine Effizienzeinrede der Unternehmen (Art. 101 Abs. 3 AEUV) möglich, wobei die Beweislast den Unternehmen obliegt. 497. Im vorliegenden Fall zeigte die Wettbewerbsanalyse, dass die Unzulässigkeitsvermutung mit dem bestehenden Intra- und Interbrand-Wettbewerb für sämtliche relevanten Produktmärkte widerlegt werden kann (vgl. Rz 386 ff.). Hinsichtlich des vorhandenen Intra- und Interbrand-Wettbewerbs wird in Erinnerung gerufen, dass dieser steigerungsfähig war (vgl. Rz 458 ff.). Ausdruck hiervon ist die Tatsache, dass Händler Einsparungen bei den Beschaffungspreisen nicht einmal teilweise an ihre Kunden weitergeben mussten. 498. Vor

diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob der vorhandene Interbrand- Wettbewerb den beeinträchtigten Intra- und Interbrand- Wettbewerb kompensieren kann. Das Ausmass an Intra- und Interbrand- Wettbewerb wurden unter dem Titel der Unzulässigkeitsvermutung anhand verschiedener Kriterien extensiv diskutiert. Eine Wiederholung derselben Analyse erübrigt sich an dieser Stelle, da es in Kenntnis und unter Berücksichtigung dieses Resultats um die Frage geht, ob das Ausmass an festgestelltem Intra- und Interbrand- Wettbewerb ausreicht, um die Erheblichkeit der Wettbewerbsbeschränkung zu bejahen oder zu verneinen. 499. Die WEKO hat im Entscheid „Gaba“ Kriterien entwickelt, auf die sie sich zur Beantwortung der Frage, ob das Ausmass an festgestelltem Intra- und Interbrand- Wettbewerb ausreicht, um die Erheblichkeit der Wettbewerbsbeschränkung nachzuweisen, in einer Gesamtbetrachtung stützt. Zu diesen Kriterien gehören die Marktstellung der von der Abrede betroffenen Produkte, die Marktanteile, die Preisunterschiede zum Ausland sowie die Auswirkungen der Abrede auf die relevanten Produktmärkte. Diese Kriterien werden im Folgenden geprüft.¹⁵⁹ Marktstellung von Nikon Imaging Produkten 500. Die Marke Nikon ist im Markt stark positioniert. Laut Markenstudien von Nikon gehört [...] Marken im Bereich Digitalkameras im Schweizer Markt. Ein Händler gab in

156 Bekanntmachung der Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die den Wettbewerb gemäss Artikel 81 Absatz 1 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (nun Artikel 101 Absatz 3 AEUV) nicht spürbar beschränken (de minimis), ABl. C 368 vom 22.12.2001, 13 ff. 157 Urteil des EuGH vom 13.7.1966 verb. C-56/64 und 58/64 Consten und Grundig, Slg. 1966 322, 390; Urteil des EuGH vom 21.9.2006 C-105/04 P-Niederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied, Slg. 2006 I-8725; Urteil des EuGH vom 20.11.2008 C-209/07 Beef Industry und Barry Brothers, Slg. 2008 I-8637 Rz. 16; Urteil des EuGH vom 4.6.2009 C-8/08 T-Mobile Netherlands, Slg. 2009 I-4529 Rz 29 f. 158 Urteil des EuGH vom 4.6.2009 C-8/08 T-Mobile Netherlands, Slg. 2009 I-4529 Rz. 31; Leitlinien der Kommission zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG (nun Artikel 101 Absatz 3 AEUV), ABl. 2004 C 101/97, Rz 21. 159 Vgl. RPW 2010/1, 104 Rz 310, Gaba.

22/2010/00038/COO.2101.111.4.153527 119

diesem Zusammenhang an, dass es infolge der Stärke der Marke Nikon schwierig sei, Nikon Imaging Produkte ohne „Swiss Garantie“ (vgl. Rz 292) trotz Preisabschlag erfolgreich zu verkaufen. Bei schwächeren Konkurrenzmarken würde dies funktionieren. Bei Nikon handelt es sich somit um eine wohlbekannte Marke, welche im Markt stark positioniert ist. Marktanteile 501. Die Marktanteile von Nikon liegen auf dem Markt für Digitalkameras ohne Wechselobjektiv zwischen [0–20] %, auf dem Markt für Digitalkameras mit Wechselobjektiv zwischen [30–50] %, auf dem Markt für Wechselobjektive zwischen [10–20] % und auf dem Markt für Blitzgeräte zwischen [20–40] % (vgl. Tabellen 2–5, Rz 462■). Mit diesen Marktanteilen gehört Nikon in allen relevanten Produktmärkten zu den [...] wichtigsten Wettbewerbern. Preisunterschiede zum Ausland 502. Eine wichtige Voraussetzung für die Ausübung von Parallelhandel und somit für den Anreiz, den Wettbewerb auf einem Markt durch Behinderung von Parallelhandel zu beeinträchtigen, sind internationale Preisunterschiede.¹⁶⁰ Deshalb wird im Rahmen der quantitativen Erheblichkeitsprüfung untersucht, ob während dem Untersuchungszeitraum Preisdifferenzen zum Ausland bestanden, deren Ausnutzung infolge der vorliegenden Gebietsschutzabreden nicht oder nur eingeschränkt möglich war. 503. Die Analyse internationaler Unterschiede der Einstandspreise auf Gross- und Retailhandelsebene

basierend auf die SAP Rechnungsdaten von Nikon der jeweils fünf umsatzstärksten Produkte pro Produktmarkt zeigte, dass die Rechnungspreise an Gross- und Retailhandel von Nikon Schweiz im europäischen Durchschnitt liegen. Dennoch konnten in allen relevanten Märkten Produkte mit einem Arbitragepotenzial identifiziert werden. Dabei ist zu beachten, dass der basierend auf SAP Rechnungsdaten durchgeführte internationale Preisvergleich nicht das gesamte Preisspektrum abdeckt, da es sich um einen Vergleich von Durchschnittspreisen der jeweils fünf umsatzstärksten Produkte in jedem Produktmarkt handelt. Wird anstelle des Vergleichs der durchschnittlichen Einstandspreise der Gross- und Retailhändler das Arbitragepotenzial von einzelnen Händlern betrachtet, lassen sich internationale Preisdifferenziale von bis zu rund 50 % (vgl. Tabellen 1 Anhang E.1 und E.2, Rz 387 ff.) feststellen. Bei solchen Preisdifferenzen haben die Händler mit Sicherheit einen Anreiz, Parallelimporte zu tätigen. Laut interner E-Mail Korrespondenz von Nikon reichen bereits Preisunterschiede von mehr als 5 %, um Parallelhandel auszulösen (vgl. Rz 400). Die beschlagnahmte E-Mail Korrespondenz zeigt ebenfalls, dass es für Schweizer Händler im Untersuchungszeitraum attraktiv war, Produkte aus allen relevanten Produktgruppen aus dem Ausland zu beziehen (vgl. Rz 428). 504. Das durchschnittliche Arbitragepotenzial der Schweizer Endkunden im Bereich Digitalkameras mit und ohne Wechselobjektiv lag im Beobachtungszeitraum höher als jenes der Distributoren und Retailhändler in der Schweiz (vgl. Rz 427). In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass sich die internationalen Preisdifferenzen auf Endkundenstufe laut einer im Auftrag von Nikon durch BAKBASEL durchgeführten Studie bei Nikon Kameras in den allermeisten Fällen in einem ähnlichen Rahmen bewegen wie die Preisdifferenzen der Kameras anderer Hersteller. In den Jahren 2007 bis 2009 liessen sich laut der Studie sogar mehr Fälle identifizieren, wo die Preisdifferenz bei Nikon Kameras kleiner sei als bei den anderen Kameras (vgl. vorne Rz 424 f.).

160 Nebst Preisunterschieden kann auch die mangelnde Verfügbarkeit von gewissen Produkten Anreiz zu Parallelhandel geben (vgl. Rz 513 f.).

22/2010/00038/COO.2101.111.4.153527 120

Im Fokus stehen hier jedoch die Einstandspreise der Händler, da die beanstandeten Massnahmen von Nikon auf die Behinderung von Parallelimporten durch Grosshändler und Retailer abzielten. Für eine mögliche Behinderung von Direktimporten durch Endkunden (etwa durch die Verweigerung von Garantieleistungen, vgl. Rz 442, fünfter Punkt) gab es in der Untersuchung keine genügend glaubhaften Anhaltspunkte (vgl. Rz 439 und 443, dritter Punkt). Auswirkungen auf die relevanten Produktmärkte a) Massnahmen von Nikon zur Behinderung von Parallelimporten 505. Das oben festgestellte Arbitragepotenzial wurde von Schweizer Händlern teilweise ausgenutzt (vgl. Rz 452). Der damit verbundene bescheidene Umfang der Importtätigkeiten der Schweizer Händler (vgl. Rz 430 ff.) weist darauf hin, dass die geografischen Bezugsbeschränkungen in inländischen Verträgen und die Exportverbote für Händler ausserhalb des Vertragsgebiets entgegen den Vorbringen von Nikon nicht tote Buchstaben waren. Solche vertraglichen Verpflichtungen haben infolge des Grundsatzes *pacta sunt servanda* in aller Regel Auswirkungen auf das Import- und Exportverhalten der Vertragshändler. Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass die Parallelhandelstätigkeiten bedeutender ausgefallen wären und somit zusätzlicher Druck auf das Schweizer Preisniveau ausgeübt worden wäre, wenn die Vertriebsverträge von Nikon keine gebietsabschottenden Klauseln enthalten hätten (vgl. Rz 451 f.). Diese Vertragsklauseln wurden in casu durch unterstützende Massnahmen begleitet (vgl.

beschlagnahmte E-Mail Korrespondenz, Rz 270 ff.), welche die Identifikation ausländischer Parallelhändler über Seriennummern – welche durch Testkäufe oder mit Hilfe von Schweizer Händlern im Markt erhoben wurden – und anschliessende Druckausübung auf Parallelhändler via anderen Nikon Ländergesellschaften umfassten. 506. Es ist zu bezweifeln, dass ein gewinnmaximierendes Unternehmen die mit diesen Massnahmen verbundenen Aufwendungen tätigen würde, wenn sie keinen Effekt auf die relevanten Produktmärkte hätten. b) Reduktion der Einstandspreise nach Aufhebung des absoluten Gebietsschutzes 507. Im Laufe des Jahres 2009 schienen diese Massnahmen zur Behinderung von Parallelhandel nicht mehr befriedigend zu funktionieren. Der Druck aus Parallelhandeltätigkeiten wurde offenbar genügend hoch, dass sich Nikon zu einem Strategiewechsel entschied: Im September 2009 ersetzte Nikon den alten Grossistenvertrag mit der problematischen Bezugsbeschränkung durch selektive Vertriebsverträge, welche keine solche Beschränkung mehr enthielten. Gleichzeitig führte Nikon die erweiterte „Swiss Garantie“ ein, mit welcher Nikon stärker in Konkurrenz zum Parallelhandelskanal treten konnte. Zudem nahm Nikon Verhandlungen mit [...], einem der vormals wichtigsten Parallelimporteure von Nikon Imaging Produkten, auf. Ende 2009 kam es mit [...] zu einem Vertragsverhältnis. Der Preis hierfür waren preisliche Zugeständnisse an [...], welche die bestehenden Arbitragepotenziale beseitigten. In der Folge tätigte [...] keine Parallelimporte von Nikon Imaging Produkten mehr. 508. Ein Rückgang der Verkaufspreise von Nikon an den Schweizer Handel nach Herbst 2009 wurde von weiteren Händlern bestätigt: Laut [...] seien die Bezugspreise im Jahr 2010 im Ausland nicht mehr attraktiv gewesen, da Nikon die Bezugspreise im Inland gesenkt habe. Zudem machte [...] geltend, dass das vorher vorhandene Arbitragepotenzial im Jahr 2010 nicht mehr bestanden habe. Als Grund hierfür wurden nicht tiefere Bezugspreise in der Schweiz, sondern schlechtere Bezugspreise im Ausland genannt. Schliesslich erhielt auch der Grosshändler [...] nach Aufnahme ins selektive Vertriebssystem im Sommer 2011 so tiefe Einstandspreise, dass sich ein Parallelimport nicht mehr lohnte.

22/2010/00038/COO.2101.111.4.153527 121

509. Die Tatsache, dass die Bezugspreise nach der Strategieänderung gesunken sind, lässt darauf schliessen, dass es Nikon vorher gelungen war, den Schweizer Markt mit Hilfe der hier beanstandeten Vertragsklauseln (Bezugsverbot ausserhalb des Vertriebsgebiets im alten Grossistenvertrag und in den „D3S/D3X“- und „NPSD“-Verträgen sowie den Exportverboten in die Schweiz in ausländischen Vertriebsverträgen) und der Druckausübung auf ausländische Parallelhändler abzuschotten. Diese Gebietsabschottung hat dazu beigetragen, dass die Preise auf einem im Vergleich zum freien Wettbewerb überhöhten Niveau gehalten werden konnten. c) Strukturbruchanalyse 510. Das Sekretariat verwendete GfK-Daten der durchschnittlichen Endverkaufspreise von Kompaktkameras und Digitalkameras mit Wechselobjektiv für die Jahre 2007 bis 2010, um zu untersuchen, ob in der Periode zwischen September 2009 (nach Einführung des Programms Nikon „Swiss Garantie“ und des Selektivvertriebs) bis Januar 2010 (nach der Vereinbarung mit [...]) ein preislicher Strukturbruch und somit eine Strategieänderung von Nikon zu identifizieren waren. Anhand von Strukturbruchttests können in einer Datenreihe allfällige ungewöhnliche Veränderungen in der Entwicklung der Daten identifiziert werden. Ein Strukturbruch liesse darauf schliessen, dass sich die Preise aufgrund gewisser Faktoren – wie etwa der Aufhebung des absoluten Gebietschutzes im Herbst 2009 – stärker verändert (sprich: reduziert) haben als gemäss dem Trend in der Preisentwicklung erwartet

würde. 511. Zur Analyse des Vorliegens eines Strukturbruchs führte das Sekretariat den in der Fachliteratur¹⁶¹ anerkannten sog. (prognostischen) Chow-Test durch. Im Auftrag von Nikon ergänzte BAKBASEL die Chow-Tests mit alternativen Verfahren der Strukturbruchanalyse (Recursive Estimates, Cumulative Sum-Tests). Die verschiedenen Testverfahren haben aufgezeigt, dass im Hinblick auf einen vermuteten Strukturbruch in der Periode zwischen September 2009 und Januar 2010 keine eindeutigen Schlussfolgerungen gezogen werden können. Mit anderen Worten konnte auf Basis der Gesamtheit der Strukturbruchttests die Aussage, wonach Nikon in der Periode zwischen September 2009 (nach Einführung des „Swiss Garantie“ Programms und des Selektivvertriebs) und Januar 2010 (nach der Vereinbarung mit [...]) ihre Preisstrategie geändert und damit das Niveau der Endverkaufspreise beeinflusst hat, nicht gestützt werden. Somit gelang es nicht, mit Hilfe der Strukturbruchanalyse allfällige Auswirkungen der Abreden nachzuweisen. 512. Zur Analyse der Preisdynamik untersuchte BAKBASEL im Auftrag von Nikon zusätzlich, inwieweit die Preisbewegungen von Nikon Kameras im Zeitraum Januar 2008 bis Dezember 2010 mit der Preisentwicklung von Konkurrenzprodukten nachvollzogen werden können. BAKBASEL kam zum Schluss, dass die Entwicklung der Durchschnittspreise der betrachteten neun Nikon Kameras zu einem grossen Teil mit der allgemeinen Marktentwicklung (sprich: der Preisentwicklung von Konkurrenzprodukten) erklärt werden kann. Dies spricht dafür, dass bei den betrachteten neun Kameras marktbezogene Faktoren oder die allgemeinen wirtschaftlichen Rahmenbedingungen einen hohen Einfluss auf die Preisentwicklung hatten. Dies ist nicht weiter erstaunlich und wird in casu auch nicht in Abrede gestellt. Aus dem Resultat darf jedoch nicht geschlossen werden – und das tut die Studie auch nicht –, dass die vorliegenden Gebietschutzabreden keinen Einfluss auf das Preisniveau in der Schweiz gehabt hätten. d) Künstliche Einschränkung des Angebots in der Schweiz

161 Vgl. dazu z.B. LUDWIG VON AUER, Ökonometrie – Eine Einführung, 4. Aufl., Springer, Berlin/Heidelberg 2007, 311 ff.

22/2010/00038/COO.2101.111.4.153527 122

513. Gebietsabschottende Klauseln können nicht nur den Wettbewerbsparameter Preis beeinflussen, sondern auch die Auswahl an Produkten reduzieren. So können solche Klauseln dazu führen, dass Produkte, die in der Schweiz im Gegensatz zum Ausland (zeitweilig) nicht im Angebot sind, nicht im Ausland beschafft werden können. Dies verringert die Auswahlmöglichkeiten der Schweizer Konsumenten und somit die Konsumentenwohlfahrt. 514. Im vorliegenden Fall fanden auch Behinderungen von Parallelhandel statt, der vermutlich weniger durch tiefere Preise im Ausland, sondern vielmehr durch mangelnde Verfügbarkeit der Ware in der Schweiz zu begründen war: An der Anhörung vom 5. September 2011 erklärten Vertreter von Nikon die in Rz 276 zitierte E-Mail – in welcher Nikon Deutschland von Nikon Schweiz aufgefordert wird, gegen einen deutschen Grossisten vorzugehen, der parallel in die Schweiz geliefert hat – mit dem Argument, dass es sich hierbei um die damals meistverkaufte Kompaktkamera gehandelt habe, bei der Nikon Schweiz zum damaligen Zeitpunkt seit Monaten in Lieferrückstand (sog. „Backorder Situation“) an einen wichtigen Kunden gewesen sei. Auch die in Rz 279 aufgeführte E-Mail, mit welcher Nikon Schweiz intern informierte, dass Nikon Deutschland die Lieferungen an Digitec blockieren werde, wurde anlässlich der Anhörung mit einer „Backorder Situation“ begründet. Solche Massnahmen behinderten den Parallelimport von Produktvarietäten, die Nikon Schweiz (vorübergehend) nicht liefern konnte. Damit wurde

die Angebotsvielfalt im Schweizer Handel künstlich eingeschränkt oder zumindest zeitlich verzögert. e) Zwischenfazit 515. Im Laufe des Jahres 2009 schienen die Massnahmen zur Behinderung von Parallelhandel (gebietsabschottende Klauseln und Druckausübung auf Parallelhändler innerhalb und ausserhalb des Vertragsgebiets) nicht mehr befriedigend zu funktionieren. Offenbar wurde der Druck aus Parallelhandelstätigkeiten genügend hoch, dass sich Nikon zu einem Strategiewechsel entschied: Im September 2009 ersetzte Nikon die alten Grossistenverträge mit der problematischen Bezugsbeschränkung durch selektive Vertriebsverträge, welche keine solche Beschränkung mehr enthielten. Gleichzeitig führte Nikon die erweiterte „Swiss Garantie“ ein, mit welcher Nikon stärker in Konkurrenz zum Parallelhandelskanal treten konnte. Zudem nahm Nikon Verhandlungen mit [...], einem der vormals wichtigsten Parallelimporteure von Nikon Imaging Produkten, auf. Ende 2009 kam es mit [...] zu einem Vertragsverhältnis. Hierfür musste Nikon Schweiz die Bezugspreise senken. In der Folge verzichtete [...] – wie auch andere Händler – mangels Arbitragepotenzial auf Parallelhandel. 516. Die Tatsache, dass die Bezugspreise nach der Strategieänderung gesunken sind, lässt darauf schliessen, dass es Nikon vorher gelungen war, den Schweizer Markt mit Hilfe der hier beanstandeten Vertragsklauseln (Bezugsverbot ausserhalb des Vertragsgebiets im alten Grossistenvertrag und in den „D3S/D3X“- und „NPSD“-Verträgen sowie den Exportverboten in die Schweiz in ausländischen Vertriebsverträgen) und der Druckausübung auf ausländische Parallelhändler abzuschotten. Diese Gebietsabschottung hat dazu beigetragen, dass die Preise auf einem im Vergleich zum freien Wettbewerb überhöhten Niveau gehalten und die Angebotsvielfalt künstlich beschränkt wurden. Somit ist erstellt, dass die Abreden zumindest im Zeitraum Frühjahr 2008 bis Herbst 2009 Auswirkungen auf die relevanten Märkte zeitigten.

22/2010/00038/COO.2101.111.4.153527 123

Fazit 517. Gestützt auf die Ergebnisse der Analyse des vorhandenen Intra- und Interbrandwettbewerbs sowie basierend auf einer Gesamtschau der dargelegten Kriterien kommt die WEKO zum Schluss, dass die absoluten Gebietsschutzabreden auf den relevanten Produktmärkten auch quantitative Auswirkungen zeitigten. B.3.3.3. Fazit 518. Die gebietsabschottenden Vertragsklauseln (die Bezugsbeschränkung im alten Grossistenvertrag und in den „D3S/D3X“- und „NPSD“-Verträgen sowie die Exportverbote in den ausländischen Vertriebsverträgen) beeinträchtigen den Wettbewerb auf den relevanten Produktmärkten qualitativ schwerwiegend. Bei solchen Abreden genügen in quantitativer Hinsicht tiefere Anforderungen, um sie als erhebliche Wettbewerbsbeschränkung zu qualifizieren (Erw.-Gr. IX und Ziff. 12 Abs. 1 VertBek). Diese Anforderungen werden mit den oben festgestellten quantitativen Auswirkungen der Abreden auf den relevanten Produktmärkten erfüllt. 519. Basierend auf einer Gesamtbeurteilung der dargelegten qualitativen und quantitativen Kriterien kommt die WEKO zum Schluss, dass die absoluten Gebietsschutzabreden zwischen Nikon und ihren Abredepartnern im Zeitraum Frühjahr 2008 bis Herbst 2009 zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Sinne von Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG führten. B.3.4. Rechtfertigung aus Effizienzgründen 520. Liegt eine den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abrede vor, ist zu prüfen, ob diese gemäss Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt ist. Laut Art. 5 Abs. 2 KG sind Wettbewerbsabreden durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie: a. notwendig sind, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder

um Ressourcen rationeller zu nutzen; und b. den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen. 521. Im Falle einer absoluten Gebietsschutzabrede gilt es im Einzelfall zu prüfen, ob ein Rechtfertigungsgrund vorliegt (Ziff. 16 Abs. 3 VertBek). Ein möglicher Rechtfertigungsgrund für einen temporären absoluten Gebietsschutz könnte ein zeitlich begrenzter Schutz von Investitionen für die Erschliessung neuer räumlicher Märkte oder neuer Produktmärkte darstellen (Ziff. 16 Abs. 4 lit. a VertBek).¹⁶² Es handelt sich hierbei um einen Sonderfall eines Trittbrettfahrerverhaltens von Vertriebshändlern.¹⁶³ 522. Die Intuition dieses Rechtfertigungsgrundes ist den europäischen Vertikal-Leitlinien zu entnehmen:

¹⁶² Vgl. Urteil des EuGH vom 30.6.1966 Rs. 56/65 Maschinenbau Ulm, Slg. 1966, 282; Urteil des EuGH vom 9.7.1969 Rs. 5/69 Voelck / Verweacke, Slg. 1969, 295. ¹⁶³ Vgl. Vertikal-Leitlinien (Fn 66), Rz 107 lit. b; MASSIMO MOTTA, Competition Policy – Theory and Practice, Cambridge University Press, New York 2004, 313 ff.; LESTER G. TELSER, Why Should Manufacturers Want Fair Trade?, Journal of Law and Economics, 1960, Vol. 3, 86-105; BENJAMIN KLEIN, KEVIN M. MURPHY, Vertical Restraints as Contract Enforcement Mechanisms, Journal of Law and Economics, 1988, Vol. 31(2), 265-297.

22/2010/00038/COO.2101.111.4.153527 124

„Ein Händler, der als Erster eine neue Marke verkauft oder als Erster eine bestehende Marke auf einem neuen Markt verkauft, so dass von einem echten Eintritt in den relevanten Markt gesprochen werden kann, muss möglicherweise beträchtliche Mittel aufwenden, wenn für das betreffende Produkt im Allgemeinen oder für das betreffende Produkt von diesem Hersteller vorher keine Nachfrage bestand. Diese Aufwendungen gehen häufig verloren, so dass es durchaus möglich ist, dass ein Händler die Vertriebsvereinbarung nicht schliessen würde, wenn er nicht für einen bestimmten Zeitraum vor (aktiven und) passiven Verkäufen durch andere Händler in sein Gebiet oder an seine Kundengruppe geschützt wird.“¹⁶⁴ 523. Wenn der Händler bedeutende Investitionen tätigen muss, um den neuen Markt zu erschliessen, darf in der EU in der Regel ein absoluter Gebietsschutz für die Dauer von zwei Jahren implementiert werden.¹⁶⁵ 524. Bei den Produktneuheiten, die Nikon im untersuchungsrelevanten Zeitraum auf den Markt gebracht hat, kann nicht von einem „echten Eintritt“ in den relevanten Markt gesprochen werden, welcher einen temporären absoluten Gebietsschutz rechtfertigen könnte: Erstens ist die Marke Nikon in der Schweiz seit vielen Jahren etabliert (vgl. Rz 500). Mit anderen Worten ist Nikon weder eine neue Marke noch eine Marke, die im untersuchungsrelevanten Zeitraum neu in der Schweiz verkauft wurde. Zweitens handelt es sich bei den Neuheiten um neue Produktvarietäten in Produktgruppen, welche Schweizer Händler von Nikon Imaging Produkten ohnehin schon im Sortiment führten. In solchen Fällen müssen vom Händler für die Markterschliessung keine schutzwürdigen Investitionen getätigt werden. Schweizer Händler würden sich aufgrund der Notwendigkeit solcher Investitionen denn auch kaum weigern, mit Nikon eine Vertriebsvereinbarung für das neue Produkt zu schliessen, wenn Nikon ihnen hierfür keinen temporären absoluten Gebietsschutz gewähren würde. Drittens ist Nikon in der Schweiz durch eine konzerneigene Tochtergesellschaft vertreten, welche den Markt bei Produktneuheiten entsprechend bearbeiten kann. In diesem Fall sind schutzwürdige Investitionen weniger wahrscheinlich als in einem Vertriebssystem, in welchem ein unabhängiger Generalimporteuer die Markteinführung übernimmt. 525. Nebst dem zeitlich begrenzten Schutz von Investitionen für die

Erschliessung neuer räumlicher Märkte oder neuer Produktmärkte sind für den vorliegenden absoluten Gebietsschutz keine weiteren Rechtfertigungsgründe nach Art. 5 Abs. 2 KG ersichtlich. Somit kann der absolute Gebietsschutz, den die Abredepartner auf den Produktmärkten Digitalkameras ohne Wechselobjektiv, Digitalkameras mit Wechselobjektiv, Wechselobjektive und Blitzgeräten umgesetzt haben, nicht gerechtfertigt werden. B.3.5. Ergebnis 526. Die WEKO kommt gestützt auf die vorstehenden Erwägungen zum folgenden Ergebnis: ■ Die folgenden Vertriebsverträge von Nikon AG resp. der Nikon Gruppe führen resp. führten zum Ausschluss von passiven Verkäufen durch ausländische Vertriebspartner (mit Ausnahme jener in Liechtenstein) in die Schweiz und stellen resp. stellten somit unzulässige Gebietsabreden gemäss Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG dar:

164 Vertikal-Leitlinien (Fn 66), Rz 61. 165 Vgl. Vertikal-Leitlinien (Fn 66), Rz 61.

22/2010/00038/COO.2101.111.4.153527 125

o Händlerverträge Distributor zwischen Nikon AG und den Grossisten [...] (Verträge im Herbst 2009 aufgehoben); o Vereinbarungen für den selektiven Vertrieb der digitalen Spiegelreflexkameras D3S sowie D3X in der Schweiz zwischen Nikon AG und diversen Einzelhändlern in der Schweiz; o Händlerverträge Nikon Professional Dealer zwischen Nikon AG und diversen Einzelhändlern in der Schweiz; o Händlerverträge Grosshandel sowie Händlerverträge Einzelhandel zwischen den Nikon Ländergesellschaften in Deutschland, Österreich, Slowenien und Ungarn und diversen Gross- und Einzelhändlern in diesen Ländern; o „Retail Dealer Sales Agreements“ sowie „Internet Dealer Sales Agreements“ zwischen Nikon Inc. (USA) und diversen Händlern in den USA; o „Distributor’s Agreements“ zwischen Nikon UK limited (Grossbritannien) und diversen Händlern in Grossbritannien; o Distributorship Agreement zwischen Nikon Europe B.V. (Niederlande) und [...]; o Resale Agreements zwischen Nikon Polska Sp. Z O.O (Polen) und diversen Händlern in Polen; ■ Die gesetzlich statuierte Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs kann durch den vorhandenen Intra- und Interbrand-Wettbewerb auf sämtlichen relevanten Produktmärkten widerlegt werden; ■ Die absoluten Gebietsschutzabreden beeinträchtigen den Wettbewerb i.S.v. Art. 5 Abs. 1 KG auf allen relevanten Produktmärkten erheblich; ■ Gründe der wirtschaftlichen Effizienz nach Art. 5 Abs. 2 KG liegen nicht vor. Es handelt sich somit um unzulässige Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG. 527. Es ist an der Nikon AG resp. der Nikon Gruppe, die zum Zeitpunkt des vorliegenden Entscheids immer noch geltenden vorgenannten Vertriebsverträge im Sinne der Erwägungen mit dem schweizerischen Kartellgesetz in Übereinstimmung zu bringen. Es liegt letztlich in ihrer eigenen Verantwortung, die Konsequenzen einer Beibehaltung der unzulässigen Vertragsklauseln zu tragen. Inskünftige Widerhandlungen gegen das Kartellgesetz sind ausdrücklich mit einer Sanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG bedroht. B.4. Sanktionierung B.4.1. Allgemeine Ausführungen B.4.1.1. Einleitung 528. Aufgrund ihrer ratio legis sollen die in Art. 49a KG vorgesehenen direkten Sanktionen die wirksame Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften sicherstellen und mittels ihrer Präventivwirkung Wettbewerbsverstösse verhindern. Direktsanktionen kön-

22/2010/00038/COO.2101.111.4.153527 126

nen nur mit einer Endverfügung verhängt werden, welche die Unzulässigkeit der fraglichen Wettbewerbsbeschränkung feststellt. 166 529. Die Belastung der Verfahrensparteien

mit einer Sanktion setzt voraus, dass sie den Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG erfüllt haben. B.4.1.2. Tatbestandsmerkmale von Art. 49a Abs. 1 KG B.4.1.2.1. Unternehmen 530. Die Wettbewerbsbeschränkungen, auf die Art. 49a Abs. 1 KG Bezug nimmt, müssen von einem Unternehmen ausgehen. Für den Unternehmensbegriff wird dabei auf Art. 2 Abs. 1 und 1bis KG abgestellt.¹⁶⁷ Nikon und ihre in- und ausländischen Ab- redepartner sind als solche Unternehmen i.S. des Kartellgesetzes zu qualifizieren (vgl. Rz 72). B.4.1.2.2. Unzulässige Verhaltensweise 531. Art. 49a Abs. 1 KG sieht entsprechend der verfassungsrechtlichen Ausgangslage in erster Linie Massnahmen gegen harte Kartelle im Sinne horizontaler oder vertikaler Absprachen gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG vor. Es handelt sich dabei um Wettbe- werbsverstösse, welche sich für Konsumenten, Unternehmen und die Gesamtwirt- schaft besonders schädlich auswirken und aus diesem Grund bereits mit der gesetzlich vermuteten Beseitigung wirksamen Wettbewerbs eine Sonderbehandlung erfahren.¹⁶⁸ Gemäss Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 bzw. 4 KG beteiligt ist oder sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, mit einer Sanktion belastet. Im Zusammenhang mit dem ersten in Art. 49a Abs. 1 KG erwähnten Tatbestand – der Beteiligung an Abreden – sind für die Sanktionierung zwei Voraussetzungen zu erfüllen:¹⁶⁹ (1) Die Beteiligung an einer Abrede über Preise, Men- gen oder die Aufteilung von Märkten nach Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG und (2) die Unzuläs- sigkeit dieser Abrede. 532. Die vorangehende Prüfung hat ergeben, dass die vertraglichen Bezugsbeschrän- kungen in den Vertriebsverträgen von Nikon mit ihren schweizerischen Vertragspart- nern, die expliziten Exportverbote in den Vertriebsverträgen in Deutschland, Öster- reich, Ungarn, Slowenien und den USA sowie die impliziten Exportverbote in den Ver- triebsverträgen von Grossbritannien, Polen und Griechenland im Zusammenhang mit weiteren Massnahmen (Rz 252) – je einzeln für sich und im Bündel – den Vermutungs- tatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG erfüllen. Die Prüfung der Auswirkungen der genann- ten Abreden hat ergeben, dass die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbe- werbs widerlegt werden kann, der Wettbewerb auf den relevanten Märkten aber erheb- lich beeinträchtigt wurde. Folglich handelt es sich bei den genannten Abreden um un- zulässige Wettbewerbsabreden i.S.v. Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG. Damit sind die beiden vorgenannten Voraussetzungen für die Sanktionierung erfüllt.

166 Botschaft KG 2003 (Fn 23), 2033 ff. 167 Vgl. anstelle vieler JÖRG BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, 3. Aufl., Zürich 2011, Art. 49a N 6, und PATRIK DUCREY, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellge- setz, Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (Hrsg.), Zürich 1997, Art. 50 N 8. 168 Vgl. dazu Botschaft KG 2003 (Fn 23), 2036 f. 169 Vgl. ROGER ZÄCH, Die sanktionsbedrohten Verhaltensweisen nach Art. 49a Abs. 1 KG, ins- besondere der neue Vermutungstatbestand für Vertikalabreden, in: Stoffel/Zäch (Hrsg.), Kartell- gesetzrevision 2003, Neuerungen und Folgen, Zürich/Basel/Genf 2004, 34.

22/2010/00038/COO.2101.111.4.153527 127

533. Nikon ist der Auffassung, dass Vertikalabreden, welche von Art. 5 Abs. 4 KG er- fasst werden, nur dann direkt sanktioniert werden können, wenn die Beseitigungsver- mutung gemäss Art. 5 Abs. 4 KG nicht widerlegt werden kann. 534. Die Frage, ob Abreden i.S.v. Art. 5 Abs. 4 KG auch dann sanktioniert werden können, wenn die gesetzliche Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wi- derlegt werden kann, ist umstritten.¹⁷⁰ Gemäss Praxis der WEKO ist die Frage zu beja- hen: Weil Art. 49a Abs. 1 KG keine Präzisierung enthält, dass sich die Unzulässigkeit aus dem Grad der Beeinträchtigung

ergibt, ist die Sanktionierbarkeit unabhängig davon gegeben, ob der Wettbewerb beseitigt oder „nur“ erheblich beeinträchtigt wird.¹⁷¹ Das Bundesgericht hielt fest, dass mit dem Erlass von Art. 49a KG die Möglichkeit direkter Sanktionen für die schädlichsten horizontalen und vertikalen wettbewerbsbeschränkenden Abreden geschaffen wurde.¹⁷² Damit werden sowohl jene Abreden i.S.v. Art. 5 Abs. 4 KG erfasst, die den Wettbewerb vollständig beseitigen, als auch jene, die ihn erheblich beeinträchtigen. Zudem ergibt sich auch aus der Entstehungsgeschichte, dass das Umstossen der Gesetzesvermutung gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG nicht für die Sanktionsbefreiung genügt.¹⁷³ Dafür muss eine Wettbewerbsabrede überdies kartellrechtlich zulässig sein, also entweder keine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung herbeiführen oder sich durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen.¹⁷⁴ B.4.1.2.3. Vorwerfbarkeit 535. Die Besonderheit der Verwaltungssanktionen liegt darin, dass sie gegen die betroffenen Unternehmen selber und typischerweise ohne Nachweis eines strafrechtlich vorsätzlichen Handelns der verantwortlichen natürlichen Personen verhängt werden können. Die Botschaft zum revidierten KG hält explizit fest, dass die Verwaltungssanktion (im Gegensatz zur Strafsanktion) kein Verschulden voraussetzt.¹⁷⁵ Demenstprechend vertrat die WEKO früher die Auffassung, dass für die Verhängung einer Sanktion nach Art. 50 ff. KG grundsätzlich kein Verschulden nachzuweisen ist.¹⁷⁶ 536. Nikon macht geltend, dass die Unschuldsvermutung und das Schuldprinzip gemäss Art. 6 Abs. 2 EMRK auf direkte Sanktionen gemäss Art. 49a Abs. 1 KG Anwendung finden. Es wird vorgebracht, die Bewirkung von absolutem Gebietsschutz gemäss Art. 5 Abs. 4 KG könne sowohl vorsätzlich als auch fahrlässig begangen werden. Der Sorgfaltsmassstab für eine fahrlässige Verletzung einer kartellrechtlichen Bestimmung

170 CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 49a KG N 6, m.w.N. 171 Vgl. RPW 2009/2, 155 Rz 86, *Sécateurs et cisailles*, RPW 2010/1, 108 Rz 332 Gaba. 172 BGE 135 II 60, S. 63, E. 2.1. 173 Botschaft KG 2003 (Fn 23), 2037. 174 Vgl. PETER REINERT, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Kartellgesetz, Bern 2007, Art. 49a Rz 8. 175 Botschaft KG 2003 (Fn 23), 2034. Schon die Botschaft KG 1994 (Fn 16) hielt entsprechend fest, dass die Sanktionierung gerechtfertigt ist, „weil die Unternehmen in der Lage sein sollten und auch verpflichtet sind, sich so zu organisieren, dass rechtsverbindlich festgelegte Pflichten von ihnen erfüllt werden“ (Botschaft KG 1994, 153). 176 Vgl. etwa Entscheide der WEKO: RPW 2001/1, 152 Rz 35, BNP/Paribas; RPW 2000/2, 262 f. Rz 30, X/C-AG und D-AG, und RPW 1998/4, 617 f. Rz 21 ff., Curti & Co. AG; zustimmend ROGER ZÄCH/ANDREAS WICKY, Die Bemessung von Verwaltungssanktionen im Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen nach schweizerischem Kartellrecht (Art. 51 KG), in: *Wirtschaft und Strafrecht*, FS für N. Schmid, Zürich 2001, 585 ff., insb. 589, sowie Philipp ZURKINDEN, Sanktionen, in: von Büren/David (Hrsg.), *Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht (SIWR)*, Band V/2 (Kartellrecht), Basel/Genf/München 2000, 515 ff.

22/2010/00038/COO.2101.111.4.153527 128

sei dabei entgegen der Auffassung der WEKO nicht ein objektiver, sondern ein subjektiv-individueller. Weiter ergebe sich aus dem Schuldprinzip, dass sich eine Partei in einem Rechtsirrtum befinden könne. 537. In der Lehre sind die Meinungen geteilt: Zum einen wird die Ansicht vertreten, dass Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG wegen ihrer rein verwaltungsrechtlichen Natur kein Verschulden voraussetzen. Auf der anderen Seite wird

argumentiert, aufgrund des strafrechtlichen Charakters der Verwaltungssanktionen würden diese ein Verschulden voraussetzen.¹⁷⁷ 538. In ihrer bisherigen Praxis zu Art. 49a Abs. 1 KG¹⁷⁸ nimmt die WEKO Bezug auf die Rechtsprechung der ehemaligen REKO/WEF (zu Art. 51 KG), welche den Schluss nahe legt, dass eine Sanktion nicht ausschliesslich auf objektive Kriterien gestützt werden darf, sondern dass auch subjektive Elemente zu berücksichtigen sind.¹⁷⁹ Die REKO/WEF hat die Frage der Notwendigkeit des Verschuldens in dieser Entscheidung jedoch offengelassen. Dennoch prüfte die WEKO den Aspekt in der Vergangenheit unter dem Titel der Vorwerfbarkeit.¹⁸⁰ Gemäss Praxis der WEKO liegt Vorwerfbarkeit dann vor, wenn der Täter wissentlich handelt oder Handlungen unterlässt, welche man von einer vernünftigen, mit den notwendigen Fachkenntnissen ausgestatteten Person in einer entsprechenden Situation hätte erwarten können.¹⁸¹ 539. Vorliegend hat die Geschäftsleitung von Nikon Imaging Schweiz folgende Massnahmen ergriffen, um Parallelimporte von Nikon Imaging Produkten in die Schweiz zu behindern:

■ Im alten Grossistenvertrag (vgl. Rz 99), in den Vertriebsverträgen D3S und D3X (vgl. Rz 107) und im „NPSD“-Vertrag (vgl. Rz 112) waren bzw. sind Bezugsbeschränkungen enthalten, mit denen (passive) Verkäufe in die Schweiz ausgeschlossen wurden bzw. werden. Beweise, dass Parallelimporte in die Schweiz effektiv behindert wurden, sind in der bei Nikon beschlagnahmten E-Mail Korrespondenz enthalten (Rz 253 ff., insb. 262, 279, 280). Die vertraglichen Bezugsverbote stellen unzulässige Abreden i.S.v. Art. 5 Abs. 4 KG dar.

■ In den Vertriebsverträgen der Nikon Gruppe in Deutschland (Rz 119), Österreich (Rz 124), Slowenien (Rz 124), Ungarn (Rz 124) und den USA (Rz 143) befinden sich explizite Exportverbote, die (passive) Verkäufe in die Schweiz ausschliessen (vgl. Rz 116 ff. und 147). In den Vertriebsverträgen der Nikon Gruppe in Grossbritannien (Rz 126), Griechenland (Rz 134) und Polen (Rz 130) befinden sich Vertragsklauseln, die in Kombination mit weiteren Massnahmen gegen Parallelexporte in die Schweiz als Exportverbot in die Schweiz verstanden werden können (implizites Exportverbot, vgl. Rz 116 ff. und 147). Die Geschäftsleitung von Nikon Imaging Schweiz hat Unternehmen der Nikon Gruppe im Ausland beigezogen, um Parallelexporteure von weiteren Verkäufen in die Schweiz abzuhalten (siehe oben Rz 270 ff. insb. Rz 272 a und b, 273, 283 und 286). Die expliziten Exportverbote in ausländischen Vertriebsverträgen der Nikon Gruppe stellen für sich alleine unzulässige Abreden i.S.v. Art. 5 Abs. 4 KG dar. Die impliziten Ex-

¹⁷⁷ BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 170), Art. 49a KG N 10, m.w.N. 178 Vgl. z.B. RPW 2010/1, 65 Rz 334, Gaba; RPW 2009/3, 196 Rz 105 ff., Elektroinstallationsbetriebe Bern; RPW 2007/2, 241 Rz 393, Terminierung Mobilfunk. ¹⁷⁹ Vgl. den Entscheid REKO/WEF in RPW 2002/2, 386 ff., insb. 393 ff., 398 ff., Rhône-Poulenc/Merck. ¹⁸⁰ Vgl. z.B. RPW 2010/1, 65 Rz 333, Gaba; RPW 2009/3, 196 Rz 105 ff., Elektroinstallationsbetriebe Bern; RPW 2007/2, 241 Rz 391, Terminierung Mobilfunk. ¹⁸¹ RPW 2010/1, 65 Rz 334, Gaba.

22/2010/00038/COO.2101.111.4.153527 129

portverbote in ausländischen Vertriebsverträgen der Nikon Gruppe sind im Zusammenhang mit weiteren durch die Geschäftsleitung von Nikon Imaging Schweiz ergriffenen Massnahmen gegen Parallelexporte in die Schweiz ebenfalls als unzulässige Abreden i.S.v. Art. 5 Abs. 4 KG zu qualifizieren. ⁵⁴⁰. In Bezug auf die Frage, ob sich die Geschäftsleitung von Nikon Imaging Schweiz bewusst war, dass dieses Verhalten den Tatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG erfüllt, ist zunächst Folgendes festzuhalten: Nikon ist ein weltweit tätiges Unternehmen. Daher muss der Geschäftsleitung von Nikon Imaging

Schweiz die wettbewerbsrechtliche Problematik der Behinderung von Parallelimporten bekannt gewesen sein, zumal eine Behinderung von Parallelimporten namentlich auch nach der EU-Gesetzgebung unzulässig ist. Auf jeden Fall darf von einem Unternehmen in der Grösse von Nikon erwartet werden, dass es sich in umfassender Weise über die Tragweite seines Handelns informiert und namentlich wettbewerbsrechtliche Risiken abklärt bzw. abklären lässt. 541. Vorliegend geht aus den bei Nikon beschlagnahmten Akten hervor, dass sich die Geschäftsleitung von Nikon Schweiz mit der kartellrechtlichen Problematik der Behinderung von Parallelimporten auseinandergesetzt hat. Aus anlässlich der Hausdurchsuchung beschlagnahmten Dokumenten geht hervor, dass [...] Nikon zum Thema Parallelimporte und Kartellrecht Rechtsberatung eingeholt hat. Das entsprechende rechtswidrige Memorandum vom 6. Oktober 2008 ging allerdings in Bezug auf die vorliegende kartellrechtliche Problematik nicht in der notwendigen Tiefe ein. Der Gutachter hält zunächst fest: „Damit ein Vorgehen gegen Parallelimporte als kartellrechtswidrig qualifiziert werden kann, müssen im Einzelfall die Voraussetzungen von Art. 5 oder Art. 7 KG erfüllt sein.“ Anschliessend zitiert der Gutachter Art. 5 Abs. 4 KG und begnügt sich mit folgender Einschätzung: „Sofern der Patentinhaber selber die Produkte im Inland wie auch im Land der Inverkehrsetzung der geschützten Produkte vertreibt, greift diese Bestimmung nicht, da sie sich nur auf (vertikale) Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen bezieht.“ Weiter wird nicht auf mögliche Probleme im Zusammenhang mit Art. 5 Abs. 4 KG eingegangen. Insbesondere werden die Vertriebsverträge von Nikon nicht auf unzulässige Klauseln hin untersucht. Daraus dürfte selbst für den Laien ersichtlich sein, dass sich das Gutachten nicht in der erforderlichen Tiefe mit der Problematik von Parallelimportbeschränkungen im Zusammenhang mit Art. 5 Abs. 4 KG befasst hat. Der Gutachter schreibt denn auch: „Aufgrund meines heutigen Wissensstandes nehme ich an, dass der Einrede der Kartellrechtswidrigkeit des Einfuhrverbots kein Erfolg beschieden wäre.“ 542. Aus den bei Nikon beschlagnahmten Akten wird also ersichtlich, dass sich die Geschäftsleitung Nikon Imaging Schweiz der kartellrechtlichen Problematik der Behinderung von Parallelimporten zwar bewusst war, sie aber dennoch weder die erforderlichen rechtlichen Abklärungen eingeholt noch die notwendigen Massnahmen ergriffen hat. Aus diesen Gründen scheidet ein Rechtsirrtum, dessen Vorliegen gemäss Nikon zu prüfen sei (Rz 536), vorliegend aus. In der einschlägigen Literatur wird nämlich die Auffassung vertreten, dass ein Rechtsirrtum – im Kartellgesetz wie im übrigen Recht – selten besteht.¹⁸² Vorstellbar sei ein Rechtsirrtum aufgrund von (falschen) Auskünften durch Behörden oder wenn die zuständigen Behörden den fraglichen Sachverhalt dulden würden. Nicht allgemein beantworten lasse sich die Frage, was im Hinblick auf die Auskunft von Rechtsanwälten gelte. Eine rechtliche Abklärung von Sachverhalten scheine anzuzeigen, dass der Täter an der Rechtmässigkeit des eigenen Verhaltens gezweifelt habe. Dies greife allerdings zu kurz. Wenn die relevanten Rechtsfragen von

182 CHRISTOPH TAGMANN, Die direkten Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG, 2007, 74 f., MARCEL ALEXANDER NIGGLI/ CHRISTOF RIEDO in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Vor Art. 49a-53 KG N 162 m.w.H.

22/2010/00038/COO.2101.111.4.153527 130

komplexer Natur seien (was im Wettbewerbsrecht regelmässig zutreffen werde), so zeige die Abklärung, dass sich der Täter bemüht habe, rechtskonform zu handeln. Stelle er auf die Auskünfte eines Rechtsberaters ab, der den fraglichen Sachverhalt umfassend geprüft

habe, so könne (und werde) ihm das Unrechtsbewusstsein durchaus fehlen. Fraglich sei primär, ob die Rechtsfragen vollständig und umfassend abgeklärt worden und die entsprechenden Empfehlungen tatsächlich eingehalten worden seien.¹⁸³ 543. Wäre der vorliegende Sachverhalt tatsächlich vollständig und umfassend abgeklärt worden, hätten die Vertriebsverträge von Nikon in einer Art und Weise angepasst werden müssen, dass passive Verkäufe in die Schweiz durch gebietsfremde Vertriebspartner möglich sind. Jedenfalls bestehen vorliegend keine Hinweise, dass Nikon in Bezug auf den vorliegenden relevanten Sachverhalt rechtliche Beratung erhalten hat, die einen Rechtsirrtum zu begründen vermöchte.⁵⁴⁴ Zusammenfassend hat die Geschäftsleitung von Nikon Schweiz vertragliche Bezugsverbote ausserhalb des Vertragsgebiets (Schweiz und Liechtenstein) implementiert und umgesetzt. Darüber hinaus hat sie vertragliche Exportverbote in ausländischen Vertriebsverträgen der Nikon Gruppe, die zum Ausschluss (passiver) Verkäufe in die Schweiz führen, umgesetzt. Aus der bei Nikon beschlagnahmten E-Mail Korrespondenz geht hervor, dass sich die Geschäftsleitung von Nikon Schweiz bewusst war, dass die Behinderung von Parallelimporten in die Schweiz kartellrechtlich problematisch ist. Dennoch hat sie es unterlassen, den Sachverhalt in der erforderlichen Tiefe rechtlich abzuklären. Dieses Wissen und diese Sorgfaltspflichtenverletzung werden Nikon zugerechnet.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.