



Schweizerische Eidgenossenschaft  
Confédération suisse  
Confederazione Svizzera  
Confederaziun svizra

Wettbewerbskommission WEKO  
Commission de la concurrence COMCO  
Commissione della concorrenza COMCO  
Competition Commission COMCO

---

# Zwischenbericht vom 17. Februar 2011

in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend

## 22-0387 Markt für Hörgeräte

wegen allenfalls unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG.

---

## Inhaltsverzeichnis

<b>A</b>	<b>Sachverhalt</b> .....	<b>3</b>
A.1	Verfahren.....	3
A.2	Hörmittelversorgung in der Schweiz.....	5
A.2.1	Rolle der Sozialversicherungen und Ablauf der Hörversorgung im Einzelfall.....	5
A.2.2	Tarifordnung im Bereich der Hörmittelversorgung.....	8
<b>B</b>	<b>Erwägungen</b> .....	<b>12</b>
B.1	Geltungsbereich .....	13
B.2	Vorbehaltene Vorschriften .....	14
B.2.1	Gesetzliche Grundlagen der Tarifordnung.....	15
B.2.1.1	Gesetzliche Grundlagen im Bereich der IV.....	15
B.2.1.2	Gesetzliche Grundlagen im Bereich der AHV.....	16
B.2.1.3	Gesetzliche Grundlagen im Bereich UV und MV .....	17
B.2.1.4	Zwischenergebnis.....	19
B.2.2	Preisregulierung aufgrund der Tarifordnung und Fazit .....	19
B.3	Horizontale Preisabrede zwischen den Hörgeräteherstellern .....	20
B.3.1	Wettbewerbsabrede.....	20
B.3.1.1	Entwicklung der Marktanteile .....	21
B.3.1.2	Preisentwicklung.....	22
B.3.1.3	Datenerhebung durch HSM .....	23
B.3.1.4	Zwischenergebnis.....	24
B.3.2	Fazit.....	25
B.4	Vertikale Preisabrede zwischen Herstellern und Akustikern .....	25
B.4.1	Wettbewerbsabrede.....	25
B.4.1.1	Abgestimmte Verhaltensweisen.....	26
B.4.1.2	Konkrete Verkaufspreisempfehlungen.....	27
B.4.1.3	Zwischenergebnis.....	36
B.4.2	Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs .....	37
B.4.2.1	Umstossung der gesetzlichen Vermutung .....	37
B.4.2.2	Relevanter Markt.....	37
B.4.2.3	Beurteilung der Wettbewerbssituation .....	39
B.4.2.4	Zwischenergebnis.....	39
B.4.3	Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs .....	40
B.4.3.1	Qualitativ erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs.....	40
B.4.3.2	Quantitativ erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs .....	40
B.4.3.3	Zwischenergebnis.....	41
B.4.4	Keine Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz .....	41
B.4.5	Fazit.....	43
B.4.6	Situation seit Anfang 2010 und Weiterführung des Verfahrens .....	43
<b>C</b>	<b>Vorläufige Schlussfolgerungen</b> .....	<b>46</b>

## A Sachverhalt

### A.1 Verfahren

1. Das Bundesamt für Sozialversicherungen (nachfolgend: BSV) wurde mit Schreiben vom 10. November und 4. Dezember 2009 darum ersucht, dem Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) diejenigen Informationen und Dokumente zu übermitteln, welche den von Exponenten des BSV in der Presse gemachten Äusserungen, man habe „deutliche Hinweise“ darauf, dass in der Schweiz im Hörgeräte-Bereich „ein rechtswidriges Kartell oder ein Monopol besteht“<sup>1</sup>, zugrunde liegen. Das BSV äusserte sich in der Folge mit Schreiben vom 9. und 17. Dezember 2009, in welchem die Indizien darlegt wurden, welche beim BSV zur Vermutung führten, dass der Wettbewerb behindert wird. Am 19. Januar 2010 fand zudem ein Treffen zwischen Vertretern des BSV und Mitarbeitern des Sekretariats in dieser Angelegenheit statt.

2. Zuvor hatte am 3. Dezember 2009 ein erstes Treffen zwischen Mitarbeitern des Sekretariats und Vertretern der Hörbehindertenorganisation *pro audito* Schweiz stattgefunden, welche dem Sekretariat vorgängig mit Schreiben vom 30. November 2009 erste Informationen hatte zukommen lassen.

3. Zur Abklärung der Marktverhältnisse im Bereich Hörgeräte hat das Sekretariat am 22. Januar 2010 eine Vorabklärung gemäss Artikel 26 KG<sup>2</sup> eröffnet.

4. Mit Schreiben vom 25. Januar 2010 wurde an 22 im Kanton Bern (davon 11 in der Stadt Bern) tätige Hörgeräteakustiker<sup>3</sup> ein Fragebogen mit Frist zur Beantwortung bis zum 25. Februar 2010 verschickt.<sup>4</sup> Im Rahmen einer repräsentativen Auswahl wurden dabei sowohl Akustikergeschäfte, die einer Kette angehören, als auch Einzelbetriebe<sup>5</sup> befragt.

5. Ebenfalls mit Schreiben vom 25. Januar 2010 wurden folgende Hersteller von Hörgeräten (nachfolgend: Hörgerätehersteller) befragt:

- Die Bernafon AG (nachfolgend: Bernafon) ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Bern. Sie bezweckt die Entwicklung, Produktion und Vertrieb von audiologischen Produkten.<sup>6</sup> In der Schweiz liefert sie ihre Hörgeräte der Marke „Bernafon“ direkt an ver-

---

<sup>1</sup> Vgl. Interview von Alard du Bois-Reymond, damals abtretender Chef der Invalidenversicherung, erschienen in der Zeitung „Sonntag“ vom 8.11.2009.

<sup>2</sup> Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

<sup>3</sup> Bei den sogenannten Hörgeräteakustikern handelt es sich um die eigentlichen Verkaufsstellen der Hörgeräte. Siehe zum Ablauf der Hörversorgung, welche neben dem eigentlichen Verkauf eines Hörgerätes immer auch eine von den Akustikern vorgenommene Anpassung der Geräte an die jeweiligen individuellen Hörversorgungsbedürfnisse der Kunden beinhaltet, unten Rz 12 ff.

<sup>4</sup> Davon konnten die Antworten von 18 Akustikern in die weiteren Auswertungen mit einbezogen werden. Die übrigen vier Akustiker konnten entweder wegen Geschäftsaufgabe gar nicht erreicht werden oder nachvollziehbar begründen, weshalb sie die gewünschten Informationen nicht liefern konnten (u.a. Aufnahme der Geschäftstätigkeit erst im Verlauf des Jahres 2009).

<sup>5</sup> Einzelbetriebe organisieren sich teilweise in Einkaufsgemeinschaften. Nach eigenen Angaben ist die Akustik Schweiz AG mit Sitz in Lohn-Ammannsegg mit über 80 angeschlossenen Akustikern der grösste Verbund unabhängiger Akustiker-Fachgeschäfte der Schweiz (vgl. <[www.acoustic-center.ch](http://www.acoustic-center.ch)> unter Unsere Leistungen [8.2.2011]).

<sup>6</sup> Auszug aus dem Handelsregister des Kantons Bern.

schiedene Akustiker, welche die Geräte wiederum an hörbehinderte Endkunden verkaufen.<sup>7</sup> Bernafon gehört wie Oticon SA zur dänischen Holding William Demant.

- Die GN ReSound AG (nachfolgend: GN ReSound) ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Thalwil. Sie bezweckt den Vertrieb von akustischen und medizinischen Geräten in der Schweiz.<sup>8</sup> GN ReSound ist Teil der international tätigen GN ReSound Gruppe mit Hauptsitz in Kopenhagen, Dänemark, und fungiert als Importeurin und Vertreiberin der firmeneigenen Hörgeräte in der Schweiz.
- Die Oticon SA (nachfolgend: Oticon) ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Solothurn. Sie bezweckt den Handel mit Hörgeräten und Zubehör.<sup>9</sup> Als 100%-Tochtergesellschaft der dänischen Firma Oticon AS mit Sitz in Smorum (DK) agiert Oticon als Importeurin und Vertreiberin der firmeneigenen Hörgeräte in der Schweiz.<sup>10</sup> Oticon gehört wie Bernafon zur dänischen Holding William Demant.
- Die Phonak AG (nachfolgend: Phonak) ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Stäfa. Sie bezweckt insbesondere Fabrikation, Verkauf, Import und Export von Geräten der Elektro-Akustik und verwandter Gebiete, insbesondere Hörgeräte.<sup>11</sup> Sie ist Teil der Sonova Gruppe und liefert ihre Hörgeräte direkt an die jeweiligen Akustiker in der Schweiz.
- Die Siemens Audiologie AG (nachfolgend: Siemens) ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Adliswil. Sie bezweckt insbesondere Handel mit und Fabrikation und Vertrieb von elektro-medizinischen, elektronischen, akustischen Apparaten und Geräten.<sup>12</sup> Siemens ist die Schweizer Vertriebsgesellschaft der deutschen Firma Siemens Audiologische Technik GmbH.<sup>13</sup>
- Die Widex Hörgeräte AG (nachfolgend: Widex) ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Wallisellen. Sie bezweckt Fabrikation und Wartung, Kauf und Verkauf von und sonstiger Handel mit Hörbehelfen aller Art, deren Bestandteilen und Zubehör.<sup>14</sup> Als Tochtergesellschaft der weltweit tätigen dänischen Firma Widex SA mit Sitz in Lyngby (DK) vertreibt Widex die firmeneigenen Hörgeräte in der Schweiz.

6. Mit unaufgeforderter Stellungnahme vom 9. Februar 2010 liess sich «hörens Schweiz» zu den versandten Fragebogen vernehmen. Im Kommunikationsdachverband «hörens Schweiz» sind nach eigenen Angaben die Verbände der Hersteller (die Hearing Systems Manufacturers [HSM] Genossenschaft [nachfolgend: HSM]) und der Akustiker (AKUSTIKA Schweizerischer Fachverband der Hörgeräteakustik [nachfolgend: AKUSTIKA] und HZV Hörzentralen-Verband der Schweiz [nachfolgend: HZV]) als einfache Gesellschaft zusammengeschlossen, um die Öffentlichkeit über die Hörversorgung in der Schweiz, neueste Entwicklungen auf dem Hörgerätemarkt und die Prävention vor Beeinträchtigungen des Gehörs zu informieren.<sup>15</sup>

---

<sup>7</sup> Schreiben von Bernafon vom 23.3.2010.

<sup>8</sup> Auszug aus dem Handelsregister des Kantons Zürich.

<sup>9</sup> Auszug aus dem Handelsregister des Kantons Solothurn.

<sup>10</sup> Schreiben von Oticon vom 25.3.2010, S. 3 f.

<sup>11</sup> Auszug aus dem Handelsregister des Kantons Zürich.

<sup>12</sup> Auszug aus dem Handelsregister des Kantons Zürich.

<sup>13</sup> Schreiben von Siemens vom 12.3.2010, S. 8.

<sup>14</sup> Auszug aus dem Handelsregister des Kantons Zürich.

<sup>15</sup> Schreiben von «hörens Schweiz» vom 9.2.2010, S. 1 f.

7. Am 26. Mai 2010 trafen sich Mitarbeiter des Sekretariats zunächst mit Vertretern des Herstellers Phonak und anschliessend (und zum zweiten Mal) mit Vertretern von *pro audito* Schweiz.

8. Mit Schreiben des Sekretariats vom 3. September 2010 wurde HSM, der Branchenverband der Hörgerätehersteller<sup>16</sup>, aufgefordert im vorliegenden Zusammenhang gewisse Fragen zu beantworten. Die Beantwortung der Fragen durch HSM erfolgte mit Schreiben vom 18. Oktober 2010.

## A.2 Hörmittelversorgung in der Schweiz

9. Die Eidgenössische Finanzkontrolle (nachfolgend: EFK) geht in ihrem Bericht „Hilfsmittelpolitik zu Gunsten der Behinderten – Evaluation der Abgabe von Hörmitteln in der IV und AHV“ vom Juni 2007 (nachfolgend: EFK-Bericht) davon aus, dass die totalen direkten Ausgaben für Hörmittelversorgungen in der Schweiz jährlich über 200 Mio. Franken betragen, wobei ein Grossteil der Kosten von Versicherungen (und von diesen grossmehrheitlich von der IV<sup>17</sup> und der AHV<sup>18</sup>) getragen werden.<sup>19</sup>

10. Zur Illustration insbesondere des Einflusses des (sozial-)versicherungsrechtlichen Umfelds auf den Verkauf von Hörgeräten gilt es, im Folgenden die Grundzüge der staatlichen Hörgeräteversorgung in der Schweiz darzustellen. Dabei wird zunächst die Rolle der Sozialversicherungen bei der Abgabe von Hörgeräten und der gewöhnliche Ablauf der Hörgeräteabgabe aus Sicht eines IV-Versicherten dargestellt. In einem zweiten Schritt wird auf die wichtigsten Inhalte der Tarifverträge eingegangen, welche die Zusammenarbeit zwischen Sozialversicherern und Hörgeräteakustikern im Bereich der Hörgeräteversorgung regeln.

### A.2.1 Rolle der Sozialversicherungen und Ablauf der Hörversorgung im Einzelfall

11. AHV, IV, MV<sup>20</sup> und UV<sup>21</sup> geben ihren Versicherten als Sachleistung sogenannte Hilfsmittel ab, also Gegenstände, deren Gebrauch den Ausfall gewisser Teile oder Funktionen des menschlichen Körpers zu ersetzen vermag.<sup>22</sup> Darunter fallen insbesondere Hörgeräte, dienen diese doch dazu, einen Funktionsverlust des Hörorgans Ohr auszugleichen und die beeinträchtigte Hörfähigkeit wiederherzustellen. Der Beitrag der Sozialversicherer beschränkt sich im Bereich Hörgeräteversorgung gegenwärtig auf die Übernahme der Kosten der von den Versicherten ausgewählten Hörgeräte und deren Anpassung durch einen Akustiker; die Sozialversicherer geben ihren Versicherten gestützt auf die heutige Rechtslage somit nicht

---

<sup>16</sup> Siehe dazu unten Rz 88 f.

<sup>17</sup> Invalidenversicherung gemäss dem Bundesgesetz vom 19. Juni 1959 über die Invalidenversicherung (IVG; SR 831.20).

<sup>18</sup> Alters- und Hinterlassenenversicherung gemäss dem Bundesgesetz vom 20. Dezember 1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG; SR 831.10).

<sup>19</sup> Die EFK ging bezogen auf das Jahr 2005 von einem Total direkter Ausgaben von Fr. 214 Mio. aus, wobei schätzungsweise nur Fr. 60 Mio. als Zuzahlungen direkt von den Versicherten getragen wurden. Vgl. im Detail EFK-Bericht, S. 52 f., abrufbar unter: <<http://www.efk.admin.ch/pdf/5153BE-Endbericht.pdf>> (8.2.2011).

<sup>20</sup> Militärversicherung gemäss dem Bundesgesetz vom 19. Juni 1992 über die Militärversicherung (MVG; SR 833.1).

<sup>21</sup> Unfallversicherung gemäss dem Bundesgesetz vom 20. März 1981 über die Unfallversicherung (UVG; SR 832.20).

<sup>22</sup> Vgl. zum Begriff „Hilfsmittel“ im sozialversicherungsrechtlichen Zusammenhang auch das Urteil des BGer 8C.832/2007 vom 10.3.2008, E. 1.2 m.w.H.

direkt Hörgeräte ab.<sup>23</sup> Die Kostenübernahme kann eine vollständige oder nur eine teilweise sein, übernehmen die Sozialversicherer bei bestehendem Versicherungsanspruch doch nur die Kosten für Hörgeräte in „einfacher und zweckmässiger Ausführung“.<sup>24</sup> Durch eine andere Ausführung verursachte zusätzliche Kosten haben die Versicherten selber zu zahlen.<sup>25</sup>

12. Die Zusammenarbeit zwischen den Sozialversicherungen als reinen Trägern von Kosten im Zusammenhang mit der Abgabe von Hörgeräten und den Akustikern als den eigentlichen Abgabestellen der Hörgeräte ist im Detail durch Tarifvertrag<sup>26</sup> geregelt und lässt sich am besten anhand des gewöhnlichen Ablaufs einer Hörgeräteabgabe, also dem Weg eines Hörgeschädigten zum eigenen Hörgerät, darstellen<sup>27</sup>:

13. Stellt eine IV-versicherte Person eine Beeinträchtigung der eigenen Hörleistung im Alltag fest, so meldet sie sich (allenfalls nach Durchführung eines kostenlosen Hörtests in einem Akustikergeschäft) in einem ersten Schritt bei der Invalidenversicherung an.

14. Die Invalidenversicherung erteilt in der Folge einem ORL-Expertenarzt<sup>28</sup> den Auftrag zur Erstellung der sogenannten Erstexpertise. Die Expertise dient der Feststellung des medizinisch-audiologisch ermittelten Hörversorgungsbedarfs der Person anhand eines eigens dafür entwickelten Punktescore-Modells. Massgebend sind dafür die Empfehlungen für IV-Expertenärzte zur Verordnung und Überprüfung der Anpassung von Hörgeräten<sup>29</sup>. Bei der Ermittlung des Hörversorgungsbedarfs wird vom Expertenarzt nicht nur der messbare Hörverlust, sondern insbesondere auch die Auswirkungen der Hörbehinderung sowie die Kommunikationsanforderungen im Alltag eines Patienten berücksichtigt. Aufgrund der totalen Punktezahl, die sich aus der Summe der verschiedenen Kriterien ergibt, erfolgt am Ende der Erstexpertise die Zuteilung einer Person zu einer der medizinischen Indikationsstufe 1, 2 oder 3, die jeweils einer medizinischen Indikation (leichter, mittlerer oder schwerer Hörverlust) und dem entsprechend ausgelösten Versorgungsbedarf (einfache, komplexe oder sehr komplexe Versorgung) entspricht.<sup>30</sup> Dies lässt sich grafisch wie folgt darstellen:

---

<sup>23</sup> De lege ferenda ist im ersten Massnahmenpaket zur 6. IV-Revision die Schaffung einer gesetzlichen Grundlage für die Beschaffung von Hilfsmitteln (insbesondere von Hörgeräten) durch die IV und AHV mittels Vergabeverfahren vorgesehen. Siehe dazu auch unten Rz 180.

<sup>24</sup> Vgl. Art. 21 Abs. 3 IVG, Art. 21 Abs. 2 MVG und Art. 11 Abs. 2 UVG.

<sup>25</sup> Sog. Austauschbefugnis, welche für den Bereich der Hilfsmittel z.B. in Art. 2 Abs. 4 der Verordnung des Eidgenössischen Departements des Inneren (nachfolgend: EDI) vom 29. November 1976 über die Abgabe von Hilfsmitteln durch die Invalidenversicherung (HVI; SR 831.232.51) normiert ist, und die generell besagt, dass der Gewährung von Kostenbeiträgen an ein Hilfsmittel, auf das kein Anspruch besteht, nichts entgegen steht, sofern das vom Versicherten selbst angeschaffte Hilfsmittel auch die Funktion eines an sich zustehenden Hilfsmittels umfasst. Die Kostenbeiträge bestimmen sich dabei nach den Anschaffungskosten des Hilfsmittels, auf das ein Anspruch bestanden hätte (vgl. BGE 127 V 121, 123 f. E. 2).

<sup>26</sup> Zu den Tarifverträgen zwischen den Sozialversicherungen sowie den Berufsverbänden der Akustiker siehe unten Rz 18 ff.

<sup>27</sup> Da insb. gestützt auf den EFK-Bericht (Fn 19) davon auszugehen ist, dass in den meisten Fällen die IV die Kosten der Hörversorgung übernimmt, erfolgt die Darstellung am Beispiel einer bei der IV versicherten Person. Der einzuhaltende Ablauf ergibt sich detailliert aus Anhang 2 der Tarifverträge und ist aus diesem Grund bei allen beteiligten Sozialversicherungen (neben der IV also auch bei der AHV/MV/UV) vergleichbar.

<sup>28</sup> Ein Hals-Nasen-Ohren-Arzt; „ORL“ steht dabei für Oto-Rhino-Laryngologie.

<sup>29</sup> Empfehlungen für IV-Expertenärzte zur Verordnung und Überprüfung der Anpassung von Hörgeräten der Schweizerischen Gesellschaft für Oto-Rhino-Laryngologie, Hals- und Gesichtschirurgie, genehmigt vom BSV am 15. Mai 2001.

<sup>30</sup> Die Stufenindikation und die darauf basierende Klassierung der Hörgeräte (vgl. zu den sog. Geräte-stufen unten Rz 114) wurden im Jahr 1999 eingeführt. Dadurch wurde eine Verbindung zwischen ei-

**Tabelle 1: Medizinische Indikationsstufen**

Anzahl Punkte	Medizinische Indikation	Versorgungsbedarf	Tarif und Vergütung
25–49 Punkte (AHV: 40–49 Punkte)	Leichter Hörverlust	Einfache Versorgung	Indikationsstufe 1
50–75 Punkte	Mittlerer Hörverlust	Komplexe Versorgung	Indikationsstufe 2
>75 Punkte	Schwerer Hörverlust	Sehr komplexe Versorgung	Indikationsstufe 3

Quelle: EFK-Bericht (Fn 19), 14.

15. Die medizinischen Expertisen werden gemäss TARMED-Taxwertpunkte-System abgerechnet<sup>31</sup> und es bestehen für die Expertenärzte wohl nur sehr geringe Möglichkeiten, ihr Einkommen über die Art der Einstufung zu erhöhen, da den Akustikern gemäss Tarifvertrag verboten ist, in einem speziellen Abhängigkeitsverhältnis zu ORL-Ärzten beziehungsweise Arztpraxen zu stehen<sup>32</sup>.

16. Ist gestützt auf die Erstexpertise ein Hörversorgungsbedarf erstellt, erteilt die IV einem von der versicherten Person ausgewählten „zugelassenen“ Akustiker (Vertragslieferanten in der Formulierung des Tarifvertrags) den Auftrag zur Hörgeräteanpassung. Der Akustiker ist gemäss Tarifvertrag verpflichtet, bei der Erbringung von Leistungen die Aspekte der Wirtschaftlichkeit und Zweckmässigkeit zu beachten; die Leistungen, deren Art und Umfang durch die medizinische Indikation bestimmt werden, haben sich auf das erforderliche Mass zu beschränken.<sup>33</sup> Der Akustiker schlägt dem Hörbehinderten im Rahmen einer sogenannten vergleichenden Anpassung in der Regel verschiedene Hörgeräte vor, wobei er gemäss Tarifvertrag verpflichtet ist, mindestens eine adäquate, zuzahlungsfreie Versorgungsvariante<sup>34</sup> anzupassen, sofern die versicherte Person nicht ausdrücklich darauf verzichtet.<sup>35</sup> Die hörbehinderte Person testet die ausgewählten Hörgerätemodelle durch Probetragen im Alltag, wobei deren Programmierung während mehreren Sitzungen beim Akustiker anhand einer vom jeweiligen Hersteller gelieferten Software individuell angepasst wird.<sup>36</sup> Sämtliche Anpassungsarbeiten und deren Ergebnisse werden vom Akustiker im sogenannten Anpassbericht festgehalten. Nachdem sich die IV-versicherte Person für ein ihr angepasstes Hörgerät entschieden hat, stellt der Akustiker den Anpassbericht dem ORL-Expertenarzt zu und stellt der IV Rechnung für die Hörgeräteanpassung. Eventuelle Mehrkosten bei einer zuzahlungspflichtigen Versorgungsvariante werden dem Versicherten direkt in Rechnung gestellt. In diesem Fall ist der IV die Übernahme der Mehrkosten durch den Versicherten mittels Formular zu belegen.

17. Nach Erhalt des Anpassberichts durch den Akustiker bietet der ORL-Expertenarzt den Versicherten zur Schlussexpertise auf. Dabei werden Hörtests mit Hörgerät durchgeführt und der Versicherte wird über die Zufriedenheit mit dem Hörgerät und den Informationen des Akustikers befragt. Der ORL-Expertenarzt hält die Ergebnisse der Schlussexpertise in einem

---

nem medizinisch-audiologisch ermittelten „objektiven“ Hörversorgungsbedarf und der finanzierungsberechtigten Preiskategorie des Hörgeräts herstellt. Vgl. EFK-Bericht (Fn 19), 14.

<sup>31</sup> Die Eidg. Finanzkontrolle geht in ihrem Bericht von Kosten von insgesamt ca. Fr. 750.- für Erst- und Schlussexpertise aus. Vgl. EFK-Bericht (Fn 19), 16.

<sup>32</sup> Ziff. 5.4 der Tarifverträge.

<sup>33</sup> Ziff. 5.1 resp. 6.2 der Tarifverträge.

<sup>34</sup> Vgl. dazu auch unten Rz 23 ff.

<sup>35</sup> Ziff. 1.4 des Anhangs 2 zu den Tarifverträgen.

<sup>36</sup> Phonak geht davon aus, dass eine hörbehinderte Person ca. 6 bis 8 Sitzungen mit dem Akustiker durchführt (vgl. Schreiben vom 29.3.2010, S. 4 und 7).

Bericht fest und stellt diesen der IV zu. Nach bestandener Schlussexpertise erlässt die IV eine Verfügung betreffend Kostengutsprache.

## A.2.2 Tarifordnung im Bereich der Hörmittelversorgung

18. Die Zusammenarbeit zwischen Akustikern und den Sozialversicherungen sowie insbesondere die Höhe der Abgeltung der von den Akustikern an Sozialversicherte erbrachten Dienstleistungen wird seit 1992 durch Tarifverträge geregelt.<sup>37</sup> Der gegenwärtig gültige Tarifvertrag (nachfolgend: Tarifvertrag-2010) wurde zwischen den Sozialversicherern (AHV, IV, MV und UV) und den Berufsverbänden der Hörgeräteakustiker AKUSTIKA und HZV geschlossen und per 1. Januar 2010 in Kraft gesetzt. Er ist bis zum 31. Dezember 2011 befristet.<sup>38</sup>

19. Die nachfolgende Darstellung der Tarifordnung basiert aufgrund des Zeitpunktes der Markterhebungen des Sekretariats jedoch auf Basis des bis zum 31. Dezember 2009 gültigen Tarifvertrags (Geltungszeitraum: 1. Juli 2006 bis 31. Dezember 2009; nachfolgend: Tarifvertrag-2006). Dieser ist jedoch weitgehend identisch mit dem aktuellen Tarifvertrag-2010 und regelt wie dieser neben der Leistungsvergütung auch weitere Aspekte der Hörgeräteversorgung (insb. Art und Umfang der Leistung, Ablauf der Hörgeräteversorgung inkl. Rechnungsstellung, Pflichten der Akustiker, Qualitätssicherungsmassnahmen). Auf die einzelnen Bestimmungen des Tarifvertrags-2006 wird soweit als notwendig nachfolgend eingegangen.<sup>39</sup> Zu massgeblichen Änderungen seit dem 1. Januar 2010 und zu weiteren möglicherweise in Zukunft anstehenden Veränderungen im regulatorischen Umfeld der Hörgeräteabgabe siehe unten B.4.6, Rz 175 ff.

20. Im Zentrum der Vorabklärung stand die Frage, ob Anzeichen für unzulässige Beschränkungen des Preiswettbewerbs auf Absatzstufe oder Endverkaufsstufe vorliegen.<sup>40</sup> Da aufgrund der vorliegenden Informationen davon auszugehen ist, dass die allermeisten (wenn nicht sogar sämtliche) in der Schweiz tätigen Akustiker als sogenannte Vertragslieferanten (Mitglieder der teilnehmenden Verbände oder als dem Tarifvertrag beigetretene Einzelkontrahenten) den Bestimmungen des Tarifvertrags unterworfen sind<sup>41</sup>, werden nachfolgend diejenigen Bestimmungen der Tarifordnung genauer dargestellt, die direkt oder indirekt Einfluss auf die Preisgestaltungsfreiheit der Akustiker haben, allen voran die Bestimmungen über die Leistungsvergütung der beteiligten Sozialversicherungen an die Akustiker<sup>42</sup>:

---

<sup>37</sup> Die Sozialversicherer stützen sich dabei insbesondere auf Art. 27 Abs. 1 IVG, Art. 56 Abs. 1 UVG resp. Art. 26 Abs. 1 MVG (vgl. z.B. Ziff. 1.1 der Tarifverträge). Siehe zu den gesetzlichen Grundlagen der Hörgeräteabgabe und der Tarifordnung unten B.2.1, Rz 45 ff.

<sup>38</sup> Der Tarifvertrag-2010 ist jedoch unter Einhaltung einer Kündigungsfrist auf Ende des Kalenderjahres oder per Ende Juni kündbar (Ziff. 11.3 Tarifvertrag-2010). Siehe zur Ankündigung des BSV den Tarifvertrag zu kündigen unten Rz 179.

<sup>39</sup> Im Nachfolgenden meint die Wendung „Tarifverträge“ jeweils mangels unterschiedlicher Regelungen sowohl den Tarifvertrag-2006 wie auch den Tarifvertrag-2010.

<sup>40</sup> Vgl. auch die Ausführungen in Rz 31 ff.

<sup>41</sup> Eine sinnvolle Geschäftstätigkeit als Akustiker erscheint ohne die Möglichkeit, gegenüber den Sozialversicherungen Leistungen abrechnen zu können, nicht möglich. Gemäss Ziff. 4.2 der Tarifverträge verpflichten sich die Versicherer jedoch insbesondere dazu, keine Nicht-Vertragslieferanten im Rahmen der durch diese Verträge erfassten Leistungen zu entgelten, „soweit es die gesetzlichen Bestimmungen zulassen“. Eine Liste der zugelassenen Akustikergeschäfte wird auf der Webseite der Zentralstelle für Medizinaltarife UVG veröffentlicht: <[http://www.zmt.ch/ambulante\\_tarife/ambulante\\_tarife\\_akustika.htm](http://www.zmt.ch/ambulante_tarife/ambulante_tarife_akustika.htm)> (8.2.2011).

<sup>42</sup> Die Hörgerätehersteller sind nicht an den Tarifverträgen beteiligt. Eine Regelung der Nettoverkaufspreise der Hersteller ist denn auch nicht Gegenstand der Verträge.

21. Gemäss Ziffer 8 Satz 1 des Tarifvertrags-2006 werden die Leistungen der Vertragslieferanten gemäss dem in Anhang 1 festgehaltenen Tarif abgegolten. Der genannte Anhang 1 enthält nun den sogenannten **Hörgerätetarif**. In der bis Ende 2009 geltenden Fassung (nachfolgend: Hörgerätetarif-2006) sahen die Tarife – was die Abgabe von Hörgeräten (Hardware) und die dabei zusammenhängenden (Anpassungs-)Dienstleistungen betrifft – wie folgt aus<sup>43</sup>:

**Tabelle 2: Hörgerätetarif für IV/UV/MV - Monaurale (einseitige) Versorgung**

Tarif-Position	Med. Indikation	Gerätepreis Fr.	Tarif-Position	Dienstleistung (inkl. Ohrstück) Fr.	Preis Total Fr.
61.11	Indikationsstufe 1	600.00	61.12	970.00	1570.00
62.11	Indikationsstufe 2	825.00	62.12	1190.00	2015.00
63.11	Indikationsstufe 3	1050.00	63.12	1405.00	2455.00

Quelle: Anhang 1 Hörgerätetarif-2006, Ziff. 4.1. Preise jeweils inkl. Mehrwertsteuer.

**Tabelle 3: Hörgerätetarif für IV/UV/MV - Binaurale (beidseitige) Versorgung**

Tarif-Position	Med. Indikation	Gerätepreis Fr.	Tarif-Position	Dienstleistung (inkl. Ohrstück) Fr.	Preis Total Fr.
61.21	Indikationsstufe 1	1200.00	61.22	1425.00	2625.00
62.21	Indikationsstufe 2	1650.00	62.22	1700.00	3350.00
63.21	Indikationsstufe 3	2100.00	63.22	1965.00	4065.00

Quelle: Anhang 1 Hörgerätetarif-2006, Ziff. 4.2. Preise jeweils inkl. Mehrwertsteuer.

**Tabelle 4: Hörgerätetarif für AHV<sup>44</sup>**

Tarif-Position	Med. Indikation	Gerätepreis Fr.	Tarif-Position	Dienstleistung (inkl. Ohrstück) Fr.	Preis Total Fr.
61.51	Indikationsstufe 1	450.00	61.52	727.50	1177.50
62.51	Indikationsstufe 2	618.75	62.52	892.50	1511.25
63.51	Indikationsstufe 3	787.50	63.52	1053.75	1841.25

Quelle: Anhang 1 Hörgerätetarif-2006, Ziff. 5.1. Preise jeweils inkl. Mehrwertsteuer.

22. Wie sich aus den vorangehenden Tabellen zeigt, setzt sich der auf eine versicherte Person anwendbare Tarif („Preis Total“) jeweils aus einer Komponente für das Gerät selber („Gerätepreis“) und aus einer Preiskomponente für die mit der Abgabe in Zusammenhang stehenden Dienstleistungen des Akustikers („Dienstleistung [inkl. Ohrstück]“) zusammen. Der Hörgerätetarif kennt zudem abgestufte Ansätze: Je höher der vom ORL-Expertenarzt

<sup>43</sup> Vgl. Anhang 1 zum Tarifvertrag-2006. Der Hörgerätetarif-2006 beinhaltet daneben insbesondere Bestimmungen zu Reparaturen und Garantie sowie abgestufte Tarife bei vorzeitiger Neuanpassung und bei Verlust von Hörgeräten (die vollen Leistungen können von den Versicherten im Grundsatz höchstens alle sechs, bei der AHV höchstens alle fünf Jahre bezogen werden; vgl. u.a. Ziff. 1.8 Hörgerätetarif-2006).

<sup>44</sup> Der separate Tarif für die AHV erklärt sich dadurch, dass im Vergleich zu den anderen Sozialversicherungen nicht nur die Anspruchsvoraussetzungen für die Hörgeräteversorgung erhöht sind (Anspruch erst bei hochgradiger Schwerhörigkeit, d.h. ab 40 Punkten; vgl. oben Tabelle 1 nach Rz 14), sondern auch tiefere Versicherungsleistungen erbracht werden (nur monaurale, d.h. einseitige Versorgung und kein vollständiger Kostenersatz, sondern nur ein Ersatz von 75%; vgl. Art. 2 der Verordnung des EDI vom 28. August 1978 über die Abgabe von Hilfsmitteln durch die Altersversicherung [HVA; SR 831.135.1] und Ziff. 5.57 des Anhangs zur HVA). Der reduzierte Hörgerätetarif gilt jedoch nur bei Erstbezug eines Hörgeräts im AHV-Alter. Bestand bereits gegenüber der IV ein Anspruch auf Abgabe eines Hörgeräts, so gilt aufgrund einer Bestandesgarantie mindestens im gleichen Umfang gegenüber der AHV weiter (vgl. Art. 4 HVA und Ziff. 5.57 des Anhangs zur HVA). In diesen Fällen richtet die AHV denn auch Leistungen gemäss dem Hörgerätetarif für IV/MV/UV aus.

festgestellte medizinische Hörversorgungsbedarf (im Extremfall binaurale Versorgung der Indikationsstufe 3), desto höher sind die von den Versicherungen übernommen Kosten für Gerät und Dienstleistung.<sup>45</sup> Diese Gestaltung der Hörgerätetarife basiert wohl auf der Annahme, dass bei komplexerem Hörversorgungsbedarf nicht nur das Hörgerät selbst höheren Anforderungen zu genügen hat, was sich in einem höheren Ansatz für den Gerätepreis niederschlägt, sondern dass auch die (Anpassungs-)Dienstleistungen der Akustiker mit Zunahme der Indikationsstufe (und allenfalls zunehmender Komplexität oder Programmierbarkeit der Geräte) aufwändiger werden.

23. Wie Ziffer 8 Satz 1 des Tarifvertrags-2006 festhält, regelt der Hörgerätetarif die Abgeltung der Leistungen der Akustiker durch die Versicherer. Der Tarif legt mit anderen Worten in Abhängigkeit vom medizinisch festgelegten Hörversorgungsbedarf eines Versicherten den Betrag fest, den der Akustiker gegenüber der zuständigen Sozialversicherung für die Hörversorgung abrechnen darf. Dies allein führt noch nicht zu einer Regulierung der Verkaufspreise (insbesondere der Endverkaufspreise) von Hörgeräten durch den Tarifvertrag. Dass die Preisgestaltungsfreiheit der Akustiker zumindest in einem Bereich durch den Tarifvertrag eingeschränkt wird, ergibt sich jedoch aus Ziffer 1.4 des Anhangs 2 zum Tarifvertrag-2006. Diese lautet wie folgt: „Der Vertragslieferant nimmt die Anpassung der Hörgeräte vor. Der Vertragslieferant verpflichtet sich zu einer vergleichenden Hörgeräteanpassung. In die vergleichende Anpassung sind grundsätzlich mehrere differente Hörsysteme einzubeziehen, wobei der versicherten Person mindestens eine adäquate, zuzahlungsfreie Versorgungsvariante anzupassen ist, sofern die versicherte Person nicht ausdrücklich darauf verzichtet. [...]“.

24. Es ist diese Verpflichtung der Akustiker, grundsätzlich eine adäquate, zuzahlungsfreie, das heisst für den Hörbehinderten keine Mehrkosten auslösende, Hörversorgungsvariante anzubieten, die nun in Verbindung mit den Hörgerätetarifen zu einer Einschränkung der Preisgestaltungsfreiheit der Akustiker führt. Entscheidet sich ein Hörbehinderter nach der vergleichenden Anpassung für das für ihn zuzahlungsfreie Hörgerät, darf der in Rechnung gestellte Endverkaufspreis (Gerätepreis sowie die Kosten der Anpassungsdienstleistungen) nicht höher sein, als der gestützt auf die Erstexpertise auf die jeweilige Person anwendbaren Tarif.<sup>46</sup> Der Hörgerätetarif gibt in diesen Fällen einen Höchstpreis vor, da ein Hörgerät nur dann „zuzahlungsfrei“ ist und als solches angepriesen werden kann, wenn die Kosten vollständig von der jeweiligen Sozialversicherung übernommen werden.<sup>47</sup>

25. Die sich bereits aus der Bedeutung des Wortes „zuzahlungsfrei“ ergebende (logische) Beschränkung des Preises ist eine Beschränkung nach oben, nicht aber nach unten. Es ist nach vorliegenden Erkenntnissen somit nicht ersichtlich, weshalb es den Akustikern nicht freistehen würde, den Sozialversicherungen einen im Vergleich zum Tarifpreis tieferen Endverkaufspreis in Rechnung zu stellen. In der Praxis dürften sich die Tarifpreise jedoch in den Fällen der zuzahlungsfreien Hörversorgung im Einzelfall wohl wie Fixpreise auswirken, ist aufgrund der wirtschaftlichen respektive tarifvertraglichen Rahmenbedingungen (vergleichsweise tiefe Marge des Akustikers auf den günstigsten Modellen sowie fehlender Preisdruck

---

<sup>45</sup> Die Unterscheidung zwischen monauraler und binauraler Versorgung ist nur bezüglich der Anpassungsdienstleistung relevant, erhöht sich die Pauschale bei binauraler Versorgung im Vergleich zur monauralen doch nur um ca. 40–47%. Demgegenüber entspricht der Gerätetarif bei der binauralen Versorgung (Abgabe von zwei Hörgeräten) naturgemäss immer dem Doppelten des Gerätetarifs bei monauraler Versorgung (Abgabe von nur einem Hörgerät).

<sup>46</sup> Z.B. beträgt der max. Verkaufspreis für ein zuzahlungsfreies Hörgerät bei einer versicherten Person mit einem ermittelten Hörversorgungsbedarf „Indikationsstufe 2/monaural“ Fr. 2'015.- inklusive Dienstleistung (vgl. Hörgerätetarif-2006, Tarifpositionen „62.11“ und „62.12“).

<sup>47</sup> Die vorliegende Betrachtung richtet sich einzig auf die Hörgerätepreise und die im Rahmen der Anpassung verursachten Dienstleistungskosten. Weitere durch die Hörgeräteversorgung verursachte und allenfalls vom Hörbehinderten zu tragende Kosten (wie z.B. Kosten für Batterien) werden nicht berücksichtigt.

von Seiten der Hörbehinderten, die mangels Kostenbeteiligung von tieferen Preisen nicht direkt profitieren, resp. Verpflichtung der Versicherer bis zur maximalen Höhe des vereinbarten Tarifs zu zahlen) doch nicht davon auszugehen, dass die Akustiker von diesem Freiraum gegen unten Gebrauch machen.

26. Die durch die Tarifordnung so bewirkte Regulierung der Endverkaufspreise (verstanden als total in Rechnung gestellte Geräte- und Dienstleistungskosten) im zuzahlungsfreien Bereich, die wohl aus Sicht der Sozialversicherungen massgeblich dazu dient, eine adäquate Hörgeräteversorgung der versicherten Personen zu garantieren und gleichzeitig die Kosten für das Gemeinwesen zu begrenzen<sup>48</sup>, führt noch nicht zwingend dazu, dass die Akustiker (zumindest gegenüber versicherten Personen) bestimmte Hörgerätemodelle zu einem bestimmten Endverkaufspreis verkaufen müssten.

27. Eine solche Verpflichtung der Akustiker, (zumindest im Anwendungsbereich des Tarifvertrags, also gegenüber versicherten Personen) bestimmte Hörgerätemodelle zu einem bestimmten, durch Tarifvertrag festgelegten Endkundenpreis zu verkaufen, die zu einer weitgehenden Preisregulierung auf dem Markt für Hörgeräte führen würde, ergibt sich nicht aus dem Wortlaut des Tarifvertrags und erscheint zur Umsetzung des gesetzlichen Auftrags, Hilfsmittel in einfacher und zweckmässiger Ausführung abzugeben oder pauschal zu vergüten, zudem auch nicht notwendig zu sein. Was für den zuzahlungsfreien Bereich gilt, gilt umso mehr bei der zuzahlungspflichtigen Hörversorgung, besteht doch im Rahmen des gesetzlichen Auftrags kein Anlass zu einer betragsmässigen Beschränkung des von den Hörbehinderten im Einzelfall zu bezahlenden Mehrbetrags, ist Letzterer doch gerade ein Ausfluss der Wahlfreiheit des Hörbehinderten, da er bei bestehendem Versicherungsanspruch immer auch ein für ihn adäquates, kostenloses Hörgerät wählen kann.

28. Vor diesem Hintergrund erscheint unklar, zu welchem Zweck auf den sogenannten Hörgerätelisten<sup>49</sup>, auf denen gemäss Ziffer 6.3 des Tarifvertrags diejenigen Hörgeräte aufgeführt sind, welche vom Bundesamt für Metrologie (METAS) homologiert wurden und für welche ein einwandfreier Kunden- und Reparaturservice durch eine Vertretung in der Schweiz gewährleistet ist und die als Folge zu Lasten der Versicherer abgerechnet werden dürfen, für jedes Hörgerätemodell ein Endverkaufspreis angegeben wird. Dies umso mehr als die aufgeführten Preise von den Herstellern festgesetzt werden, die nicht Tarifvertragsparteien sind. Unklar ist auch, weshalb gemäss Ziffer 6.3 zwei separate Hörgerätelisten erstellt werden, „eine Liste der zuzahlungsfreien und eine Liste der zuzahlungspflichtigen Hörgeräte“, führt dies logischerweise doch bereits zu einer Verknüpfung der auf der Liste der zuzahlungsfreien Hörsystemen aufgeführten Modellen mit bestimmten (und auch explizit aufgeführten) Endverkaufspreisen in der Höhe der Tarife.<sup>50</sup>

---

<sup>48</sup> Der aufgrund des festgestellten Hörversorgungsbedarfs anwendbare Tarif begrenzt nämlich (zumindest im Grundsatz) auch den Anspruch der versicherten Personen gegenüber den Versicherern selbst. Vgl. dazu BGE 130 V 163, 171 ff. E. 4, wonach eine den tarifvertraglichen Ansätzen entsprechende Abgabe eines Hörgerätes zwar vermutungsweise eine hinreichende Hörgeräteversorgung zu gewährleisten vermag, unter Umständen die Invalidenversicherung aber auch eine über die im Tarifvertrag (im Verhältnis Leistungserbringer – Versicherung) festgesetzten Preislimiten hinausgehende Versorgung gewährleisten muss, sofern dies zur Erreichung des Eingliederungsziels im Einzelfall (etwa aufgrund einer speziellen gesundheitlichen Situation oder mit Blick auf den Tätigkeitsbereich der versicherten Person) notwendig ist.

<sup>49</sup> Vgl. zu den Listen der zuzahlungsfreien und zuzahlungspflichtigen Hörsysteme und ihrer Entstehung unten Rz 110 ff.

<sup>50</sup> Die Hersteller, welche nach vorliegenden Erkenntnissen darüber entscheiden, ob ein von ihnen produziertes Modell auf der einen oder anderen Listen aufzuführen ist, bezeichnen denn auch auf ihren Preislisten bestimmte Geräte explizit als zuzahlungsfrei. Diese Bezeichnungen tauchen soweit ersichtlich erst mit dieser Bestimmung im Tarifvertrag-2006 auf, welche die Führung einer separaten Liste der zuzahlungsfreien Hörsysteme vorsieht. Sowohl Phonak als auch GN ReSound machen zudem

29. **Fazit:** Ausserhalb der zuzahlungsfreien Hörversorgung im Einzelfall ist somit nach vorliegenden Erkenntnissen keine Regulierung der Endverkaufspreise aufgrund der Tarifverträge ersichtlich: Die Akustiker sind auch im Anwendungsbereich der Tarifverträge frei ihre Endverkaufspreise (und darin inbegriffene Preiskomponenten) selber festzulegen. Dabei haben sie jedoch zu berücksichtigen, dass die Höhe der Kostenübernahme durch die Versicherungen mittels Hörgerätetarif in jedem Fall die Kaufentscheidung beeinflussen dürfte, hat diese doch grossen Einfluss auf den Kostenanteil, den eine versicherte Person allenfalls selber zu tragen hat.

30. Zu guter Letzt gilt es festzustellen, dass die Ex-Factory- respektive Nettoverkaufspreise der Hörgeräte nicht Regelungsinhalt der ausgehandelten Tarife sind. Der Tarifvertrag schränkt die Preisgestaltungsfreiheit der Hersteller nicht ein. Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Tarifverträge, die ja die Zusammenarbeit der Sozialversicherer mit den Akustikern als Abgabestellen für Hörgeräte und somit die Endverkaufsstufe regeln, keinerlei Einfluss auf das Angebot oder die Preisbildung der Hersteller hätte. So ist aufgrund der branchenumfassenden Anwendung der Tarifverträge durch die Akustiker und der Bedeutung der Kostenübernahme durch Sozialversicherer davon auszugehen, dass zum Beispiel die Bestimmung von Ziffer 6.3 des Tarifvertrags-2006, wonach zu Lasten der Versicherer nur Hörgeräte abgerechnet werden dürfen, welche vom Bundesamt für Metrologie (METAS) homologiert wurden und für welche ein einwandfreier Kunden- und Reparaturdienst durch eine Vertretung in der Schweiz gewährleistet ist, auch das Verhalten der Hersteller zu beeinflussen vermag. Auch führt die Regelung im Tarifvertrag, dass im Grundsatz immer auch eine zuzahlungsfreie Versorgungsvariante angepasst werden muss<sup>51</sup>, dazu, dass die Hersteller, wollen sie gegenüber den Akustikern oder den Endkunden das gesamte Sortiment abdecken, auch Geräte der Stufen 1 bis 3 anbieten müssen und zwar zu einem Nettoverkaufspreis, der im Vergleich zu den Tarifansätzen möglichst tief liegt.<sup>52</sup>

## B Erwägungen

31. Nachfolgend steht die Prüfung der Frage im Zentrum, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass mittels unzulässiger Wettbewerbsabreden Einfluss auf die Preise für Hörgeräte auf Absatz- oder Endkundenstufe genommen wurde. Dabei wird mittels der im Rahmen der Vorabklärung erhobenen Informationen in einem ersten Schritt die Hypothese der Beeinflussung der Ex-Factory- beziehungsweise Nettoverkaufspreise durch eine horizontale Wettbewerbsabrede zwischen den Herstellern geprüft (unten B.3, Rz 70 ff.). In einem zweiten Schritt wird anschliessend überprüft, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass unzulässige vertikale Abreden zwischen den Herstellern und Akustikern über die Endverkaufspreise der Hörgeräte vorliegen (unten B.4, Rz 96 ff.).

32. Im Rahmen der Vorabklärung haben sich insbesondere keine Anzeichen dafür ergeben, dass Hersteller im Bereich Hörgeräte versuchten, den Schweizerischen Markt abzuschotten. Zwar gaben auf Seiten der Akustiker nur zwei der befragten Unternehmen an, Hörgeräte aus dem Ausland zu beziehen. In beiden Fällen handelte es sich um Bezüge aus Deutschland von Akustikern, deren Muttergesellschaften in Deutschland ansässig sind. So

---

die Aussage, die Hersteller seien gemäss Vorgaben des BSV verpflichtet, in den Indikationsstufen 1–3 mindestens ein zuzahlungsfreies Modell anzubieten (vgl. Schreiben von Phonak vom 29.3.2010, S. 11, und Schreiben vom GN ReSound vom 15.3.2010, S. 5). Auf welche Grundlage sich eine solche Verpflichtung stützen könnte, erscheint unklar.

<sup>51</sup> Vgl. Ziff. 1.4 des Anhangs 2 zum Tarifvertrag-2006.

<sup>52</sup> Vgl. zur Frage, ob die Hersteller darüber hinaus verpflichtet sind, zuzahlungsfreie Geräte anzubieten, oben Fn 50.

bezug [...].<sup>53</sup> Der zweite Akustiker, der gemäss eigenen Angaben Importe aus dem Ausland tätigt, Tobler Optik & Hörgeräte in Bern ist eine Zweigniederlassung der in Tauberbischofsheim (D) ansässigen Optik Schäfer-Nohe GmbH. Es wird ausgeführt, Hörgeräte von Oticon würden in der Schweiz, die Geräte von Phonak, Siemens und wohl weiteren Herstellern würden über Deutschland bezogen.<sup>54</sup>

33. Die restlichen Akustiker verneinten den Bezug von Geräten aus dem Ausland. Als Gründe wurden dafür insbesondere genannt: Kein Bedarf, da sämtliche namhaften Hersteller eine Vertriebsgesellschaft im Inland hätten, aufwändige Zollformalitäten, kleine eigene Geschäftsgrösse, Möglichkeit der Retournierung bei Nichtgebrauch nach Probeanpassung bei Bezug in der Schweiz, Beanspruchung von Serviceleistungen in der Schweiz, schnelle Lieferung durch Fertigung der IdO-Geräte<sup>55</sup> in der Schweiz durch namhafte Hersteller, der Bezug von Hörgeräten über eine Einkaufsgemeinschaft sowie fehlende Geschäftsbeziehungen im Ausland. Vier Akustiker nannten keine Gründe oder gaben an, einen Bezug aus dem Ausland noch nie in Erwägung gezogen zu haben. Umgekehrt nannte die Fielmann AG als Vorteile für einen Bezug im Inland die professionelle Unterstützung bei länderspezifischen Werbemassnahmen, schneller Service ohne Zollschränken, Betreuung und Schulung der Mitarbeiter (insbesondere bei Innovationen bei Hörgeräten).<sup>56</sup>

34. Alle befragten Hersteller bejahten die Frage, ob Akustiker die Möglichkeit haben, die von ihnen produzierten Hörgeräte aus dem Ausland zu importieren. GN ReSound führt diesbezüglich sogar aus, dass ihres Wissens nach ein erheblicher Teil der Hörgeräte aus dem Ausland importiert würden.<sup>57</sup> Eine Erschwerung von Parallelimporten durch die Hersteller erscheint denn auch nicht in Bezug auf die Service- oder Reparaturdienstleistungen vorzuliegen. Oticon gibt diesbezüglich an, auch für ihre Systeme aus dem Ausland sowohl den Support wie auch die Reparaturen durchzuführen.<sup>58</sup> Phonak sagt wiederum, sie biete in der Schweiz den Akustikern und Endkunden mit im Ausland bezogenen Phonak-Hörgeräten dieselben Serviceleistungen an, wie wenn die Geräte hierzulande gekauft worden wären.<sup>59</sup> Auch Siemens gibt an, die Reparaturen an nicht von ihr verkauften Hörgeräten würden zu gleichen Konditionen ausgeführt.<sup>60</sup>

## B.1 Geltungsbereich

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

---

<sup>53</sup> Vgl. Schreiben von [...] vom 11.3.2010, S. 6.

<sup>54</sup> Schreiben von Tobler Optik & Hörgeräte vom 21.4.2010, S. 5.

<sup>55</sup> Im Bereich Hörgeräte können verschiedene Bauformen unterschieden werden. Neben der wohl häufigsten Bauform HdO („hinter-dem-Ohr“; französisch: CdO) mit den Unterformen mini-HdO und micro-HdO gibt es u.a. folgende Arten von Hörgeräten: IdO („in-dem-Ohr“), CiC („completely-in-channel“) oder HB (Hörbrillen, also Brillen, in deren Bügeln die Hörgerätetechnik untergebracht ist, oder an deren Bügeln ein Hörgerät montiert ist).

<sup>56</sup> Schreiben der Fielmann AG vom 11.3.2010, S. 6.

<sup>57</sup> Schreiben von GN ReSound vom 15.3.2010, S. 8. Phonak hingegen gibt an, ihr seien konkret drei Akustiker in der Schweiz bekannt, die ihre Phonak-Hörgeräte direkt bei Phonak im Ausland einkaufen würden. Ebenfalls gäbe es mindestens eine internationale Kette mit Hauptsitz in Deutschland, die ihre Hörgeräte zentral bei Phonak in der Schweiz einkaufe und diese dann via Deutschland an ihre Mitglieder in die Schweiz zurück liefere, d.h. diese parallel re-importiere (vgl. Schreiben von Phonak vom 29.3.2010, S. 39).

<sup>58</sup> Schreiben von Oticon vom 25.3.2010, S. 6.

<sup>59</sup> Schreiben von Phonak vom 29.3.2010, S. 39.

<sup>60</sup> Schreiben von Siemens vom 12.3.2010, S. 10.

36. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG). Sowohl die Hersteller von Hörgeräten als auch die Akustiker als die tatsächlichen Abgabestellen der Hörgeräte sind ohne weiteres als solche Unternehmen zu qualifizieren. Ob es sich bei den Herstellern Bernafon und Oticon, die beide zur dänischen Holding William Demant gehören, um jeweils eigene Unternehmen im Sinne von Artikel 2 KG handelt, oder ob aufgrund fehlender wirtschaftlicher Selbständigkeit von einem Konzernverhältnis auszugehen wäre, kann im Rahmen der Vorabklärung offen gelassen werden. Im Nachfolgenden wird von je eigenen Unternehmen ausgegangen.

37. Auf die Frage, ob die betroffenen Unternehmen Wettbewerbsabreden treffen, wird nachstehend unter Artikel 5 KG (B.3, Rz 70 ff. und B.4, Rz 96 ff.) eingegangen.

38. Die Träger der an den Tarifverträgen beteiligten Sozialversicherungen treten im vorliegenden Zusammenhang nicht direkt als Nachfrager von Hörgeräten (und der damit verbundenen Anpassungsdienstleistungen) auf. Ob ihnen etwa in Zusammenhang mit der Aus handlung der Tarifverträge im Bereich der Hörversorgung Unternehmenseigenschaft im Sinne von Artikel 2 KG zukommt, kann zumindest vorliegend offengelassen werden, bestehen doch Anhaltspunkte dafür, dass die Anwendung des KG auf die unter Mitwirkung der Sozialversicherungen AHV, IV, MV und UV geschlossenen Tarifverträge im Hörgerätebereich aufgrund von Artikel 3 Absatz 1 KG ausgeschlossen wird (vgl. anschliessend B.2).

## **B.2 Vorbehaltene Vorschriften**

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

40. Für die vorliegende Betrachtung sind keine Wettbewerbswirkungen, die sich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben (Art. 3 Abs. 2 KG), ersichtlich. Es stellt sich jedoch die Frage, ob beziehungsweise inwieweit durch die sozialversicherungsrechtliche Gesetzgebung (und die darauf basierende Tarifordnung) im Bereich der Hörgeräteversorgung eine staatliche Markt- oder Preisordnung im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG geschaffen wird.

41. Anwendungsvorbehalte sind gemäss Literatur und Praxis der Wettbewerbsbehörden restriktiv auszulegen: „Solange eine gesetzliche Regelung noch Raum für die Anwendung wettbewerbsrechtlicher Prinzipien lässt, muss dieser ausgefüllt werden [...]. Vorbehaltene Vorschriften nach Artikel 3 Absatz 1 KG sind folglich nicht leichthin anzunehmen“.<sup>61</sup> Die Botschaft zum Kartellgesetz führt aus, es müsse tatsächlich die Absicht des Gesetzgebers sein, den Wettbewerb für den fraglichen Wirtschaftsbereich auszuschalten.<sup>62</sup> Dem Wettbewerbsprinzip ist soweit als möglich zum Durchbruch zu verhelfen und das Kartellgesetz bleibt auch dann anwendbar, wenn die Handlungsfreiheit der einzelnen Akteure im Wettbewerb durch

---

<sup>61</sup> Entscheid der REKO/WEF, RPW 2003/4, 861 E. 4.2, *Krankenkassen vs. Privatkliniken und Konsortien im Kanton Aargau*; RPW 2006/3, 514 Rz 20, *Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung*; vgl. auch BENOÎT CARRON, in: *Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Tercier/Bovet* (Hrsg.), 2002, Art. 3 KG N 35 f.

<sup>62</sup> Botschaft vom 23.11.1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBl 1995 468, 539.

die fraglichen Vorschriften eingeschränkt ist.<sup>63</sup> In der Literatur wird ebenfalls eine klare gesetzliche Zulassung des wettbewerbswidrigen Verhaltens verlangt, um die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes auszuschliessen.<sup>64</sup>

42. Die Tarifordnung führt, wie bereits dargelegt, nach den vorliegenden Erkenntnissen einzig im Bereich der zuzahlungsfreien Hörversorgung zu einer Festlegung der Preise für Hörgeräte, setzen die vereinbarten Hörgerädetarife doch Höchstpreise betreffend den Endverkaufspreis von Hörgeräten fest (wenn auch nicht bezogen auf einzelne Hörgerätemodelle).<sup>65</sup>

43. Es stellt sich die Frage, ob sich diese aus den Tarifverträgen ergebende Einschränkung des Wettbewerbs aus Vorschriften ergibt, die im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe a KG eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen. Zur Beantwortung dieser Frage gilt es zunächst die gesetzliche Grundlage der Tarifverträge in den jeweiligen an den Tarifverträgen beteiligten Sozialversicherungsbereichen darzustellen. Dabei liegt das Augenmerk jeweils auf den Grundlagen einerseits der Abgabe von Hörgeräten und andererseits der Regelung dieser Abgabe durch Tarifverträge.

44. Was die Preisfestlegung durch Akustiker ausserhalb des Anwendungsbereichs der Tarifverträge (also insbesondere gegenüber Nicht-Versicherten) und die Preisgestaltung der Hersteller auf der Wholesale-Stufe anbelangt, sind von vornherein keine Vorschriften im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG ersichtlich, welche Wettbewerb nicht zulassen würden.

## **B.2.1 Gesetzliche Grundlagen der Tarifordnung**

### **B.2.1.1 Gesetzliche Grundlagen im Bereich der IV**

45. Der Anspruch eines Versicherten auf Hilfsmittel ergibt sich für den Bereich der Invalidenversicherung aus Artikel 21 IVG. Nach Artikel 21 Absatz 1 Satz 1 IVG hat der Versicherte im Rahmen einer vom Bundesrat aufzustellenden Liste Anspruch auf jene Hilfsmittel, deren er für die Ausübung der Erwerbstätigkeit oder der Tätigkeit im Aufgabenbereich, zur Erhaltung oder Verbesserung der Erwerbsfähigkeit, für die Schulung, die Aus- und Weiterbildung oder zum Zwecke der funktionellen Angewöhnung bedarf. Gemäss Absatz 3 der Bestimmung werden die Hilfsmittel zu Eigentum oder leihweise in einfacher und zweckmässiger Ausführung abgegeben oder pauschal vergütet. Durch eine andere Ausführung verursachte zusätzliche Kosten hat der Versicherte selbst zu tragen. Ersetzt ein Hilfsmittel Gegenstände, die auch ohne Invalidität angeschafft werden müssen, so kann dem Versicherten eine Kostenbeteiligung auferlegt werden.

46. Die Anspruchsberechtigung auf Abgabe beziehungsweise Kostenübernahme eines Hörgerätes durch die IV ergibt sich in Verbindung mit der oben erwähnten Gesetzesbestimmung aus den massgeblichen Ausführungsbestimmungen, insbesondere der HVI und darin Ziffer 5.07 der Hilfsmittelliste im Anhang („Hörgeräte bei Schwerhörigkeit“).

---

<sup>63</sup> Entscheid der REKO/WEF, RPW 2003/4, 860 f. E. 4.2 m.w.H., *Krankenkassen vs. Privatkliniken und Konsorten im Kanton Aargau*; RPW 2006/3, 514 Rz 20, *Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung*.

<sup>64</sup> Vgl. etwa CR concurrence-CARRON (Fn 61), Art. 3 KG N 35 f.; JÜRIG BORER, *Kartellgesetz*, 2005, Art. 3 KG N 2 ff. So auch RPW 2006/3, 514 Rz 20, *Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung*.

<sup>65</sup> Ausserhalb der zuzahlungsfreien Hörversorgung im Einzelfall ist keine Festsetzung der Endverkaufspreise aufgrund der Tarifverträge ersichtlich: Die Akustiker sind nach vorliegenden Erkenntnissen frei, ihre Endverkaufspreise (und darin inbegriffene Preiskomponenten) selber festzulegen. Vgl. oben Rz 29.

47. Nach Artikel 27 IVG ist der Bundesrat befugt, mit der Ärzteschaft, den Berufsverbänden der Medizinalpersonen und der medizinischen Hilfspersonen, den Anstalten und Werkstätten, die Eingliederungsmassnahmen durchführen, sowie den Abgabestellen für Hilfsmittel Verträge zu schliessen, um die Zusammenarbeit mit den Organen der Versicherung zu regeln und die Tarife festzulegen (Abs. 1). Soweit kein Vertrag besteht, kann der Bundesrat die Höchstbeträge festsetzen, bis zu denen den Versicherten die Kosten der Eingliederungsmassnahmen vergütet werden (Abs. 3). Die Kompetenz zum Abschluss der Verträge gemäss Artikel 27 Absatz 1 IVG hat der Bundesrat in Artikel 24 Absatz 2 IVV<sup>66</sup> an das BSV delegiert. Auch ist das BSV gestützt auf die Subdelegation in Artikel 2 Absatz 4 HVI ermächtigt, beim Fehlen von vertraglichen Tarifen angemessene Höchstbeträge festzulegen.<sup>67</sup>

48. Vor dem Hintergrund der oben dargestellten Gesetzesbestimmungen ist im Bereich der IV von einer genügenden gesetzlichen Grundlage für den Abschluss der Tarifverträge (und insbesondere der Festlegung von Tarifen) durch das BSV mit den Branchenverbänden der Akustikern auszugehen.<sup>68</sup>

### **B.2.1.2 Gesetzliche Grundlagen im Bereich der AHV**

49. Artikel 43ter AHVG überlässt die Regelung der Hilfsmittelabgabe (inkl. Anspruchsvoraussetzungen) der Verordnungskompetenz des Bundesrates. Die Bestimmung lautet wie folgt: Der Bundesrat bestimmt, unter welchen Voraussetzungen Bezügerinnen und Bezüger von Altersrenten oder Ergänzungsleistungen mit Wohnsitz und gewöhnlichem Aufenthalt (Art. 13 ATSG) in der Schweiz, die für die Fortbewegung, für die Herstellung des Kontaktes mit der Umwelt oder für die Selbstsorge kostspieliger Geräte bedürfen, Anspruch auf Hilfsmittel haben (Abs. 1). Er bestimmt, in welchen Fällen Bezügerinnen und Bezüger von Altersrenten oder Ergänzungsleistungen mit Wohnsitz und gewöhnlichem Aufenthalt in der Schweiz Anspruch auf Hilfsmittel für die Ausübung einer Erwerbstätigkeit oder der Tätigkeit in ihrem Aufgabenbereich haben (Abs. 2). Er bezeichnet die Hilfsmittel, welche die Versicherung abgibt oder an welche sie einen Kostenbeitrag gewährt; er regelt die Abgabe sowie das Verfahren und bestimmt, welche Vorschriften des IVG anwendbar sind (Abs. 3).

50. Gemäss Artikel 2 Absatz 1 HVA haben in der Schweiz wohnhafte Bezüger von Altersrenten der AHV, die für die Tätigkeit in ihrem Aufgabenbereich, für die Fortbewegung, für die Herstellung des Kontakts mit der Umwelt oder für die Selbstsorge auf Hilfsmittel angewiesen sind, Anspruch auf die in der Liste im Anhang aufgeführten Leistungen. Die Liste umschreibt Art und Umfang der Leistungen für jedes Hilfsmittel abschliessend. Nach Absatz 2 leistet die Versicherung einen Kostenbeitrag von 75% des Nettopreises, soweit in der Liste nicht etwas anderes bestimmt wird.

51. Die Anspruchsberechtigung auf Abgabe beziehungsweise Kostenübernahme eines Hörgerätes durch die AHV ergibt sich dabei aus Ziffer 5.57 der Hilfsmittelliste im Anhang zur HVA („Hörgeräte für ein Ohr“) in Verbindung mit Artikel 2 Absatz 1 HVA.

---

<sup>66</sup> Verordnung vom 17. Januar 1961 über die Invalidenversicherung (IVV; SR 831.201).

<sup>67</sup> Vgl. auch BGE 130 V 163, 165 f. E. 3.1.2.

<sup>68</sup> In diesem Sinne auch das Bundesgericht, das bezogen auf den per 1.4.1999 in Kraft gesetzten Tarifvertrag (nachfolgend: Tarifvertrag-1999) festgestellt hat, dass der vom BSV mit den Leistungserbringern abgeschlossene Tarifvertrag insofern als bundesrechtskonform zu betrachten sei, als die Ermächtigung des BSV zum Abschluss von Tarifverträgen auf zulässiger Gesetzesdelegation beruhe. Insbesondere sei das BSV gestützt auf Art. 27 Abs. 1 IVG in Verbindung mit Art. 24 Abs. 2 IVV ermächtigt, im Rahmen eines mit den Leistungserbringern vereinbarten Tarifvertrages Höchstbeträge für die Vergütung der vom Leistungserbringer in Rechnung gestellten Kosten festzusetzen (siehe BGE 130 V 163, 171 E. 4.2).

52. Gemäss Artikel 5 HVA kann das Bundesamt für Sozialversicherungen mit Institutionen der Altershilfe oder mit Abgabestellen für Hilfsmittel Verträge über die Abgabe von Hilfsmitteln abschliessen.

53. Auch für die AHV wird (wenn auch einzig auf Verordnungsstufe) das BSV ermächtigt mit Abgabestellen für Hilfsmittel „Verträge über die Abgabe von Hilfsmitteln“ abzuschliessen (vgl. Art. 5 HVA). Aufgrund der Nähe der AHV zur IV ist wohl davon auszugehen, dass dies die Festsetzung von Tarifen in diesen Verträgen mit beinhaltet.

### **B.2.1.3 Gesetzliche Grundlagen im Bereich UV und MV**

54. Nach Artikel 11 Absatz 1 UVG hat der Versicherte Anspruch auf die Hilfsmittel, die körperliche Schädigungen oder Funktionsausfälle ausgleichen. Der Bundesrat erstellt eine Liste dieser Hilfsmittel. Nach Absatz 2 der Bestimmung müssen die Hilfsmittel einfach und zweckmässig sein. Sie werden zu Eigentum oder leihweise abgegeben.

55. Die Anspruchsberechtigung auf Abgabe beziehungsweise Kostenübernahme eines Hörgerätes durch die UV ergibt sich aus Artikel 1 Absatz 1 HVUV<sup>69</sup> und Ziffer 6 der Hilfsmittelliste in deren Anhang („Hörapparate“) in Verbindung mit Artikel 11 Absatz 1 UVG.

56. Nach Artikel 56 Absatz 1 UVG können die Versicherer mit den Medizinalpersonen sowie den Heil- und Kuranstalten vertraglich die Zusammenarbeit regeln und die Tarife festlegen. Sie können die Behandlung der Versicherten ausschliesslich den am Vertrag Beteiligten anvertrauen. Jedermann, der die Bedingungen erfüllt, kann dem Vertrag beitreten. Gemäss Absatz 4 der Bestimmung sind für alle Versicherten der Unfallversicherung die gleichen Taxen zu berechnen.

57. Artikel 70 Absatz 1 UVV legt fest, dass die Zusammenarbeits- und Tarifverträge zwischen den Versicherern und den Ärzten, Zahnärzten, Chiropraktoren und medizinischen Hilfspersonen auf gesamtschweizerischer Ebene abgeschlossen werden müssen. Gestützt auf Artikel 3 Absatz 1 HVUV sind die Versicherer befugt, mit den Abgabestellen für Hilfsmittel vertraglich die Zusammenarbeit zu regeln und die Tarife festzulegen.

58. Artikel 21 Absätze 1 bis 3 MVG lauten wie folgt: Der Versicherte hat Anspruch auf Hilfsmittel für: a. die Verbesserung seines Gesundheitszustandes; b. die Ausübung einer Erwerbstätigkeit oder für die Tätigkeit in seinem Aufgabenbereich; c. die Schulung und Ausbildung; d. die funktionelle Angewöhnung; e. die Fortbewegung; f. die Selbstsorge; g. den Kontakt mit der Umwelt (Abs. 1). Die Hilfsmittel werden zu Eigentum oder leihweise in einfacher und zweckmässiger Ausführung abgegeben oder mit Amortisationsbeiträgen finanziert. Kosten, die darüber hinausgehen, hat der Versicherte selbst zu tragen. Ersetzt ein Hilfsmittel Gegenstände, die auch ohne die Gesundheitsschädigung angeschafft werden müssten, so kann dem Versicherten eine Kostenbeteiligung auferlegt werden (Abs. 2). Schafft der Versicherte auf eigene Kosten ein Hilfsmittel an, auf das er Anspruch hat, so gewährt ihm die Militärversicherung einen Beitrag (Abs. 3).

59. Im Gegensatz zu den oben dargestellten Sozialversicherungszweigen kennt die Militärversicherung keine Liste der zu Leistungen Anlass gebenden Hilfsmittel.<sup>70</sup> Auf die Einführung einer Hilfsmittelliste, wie sie in den anderen Sozialversicherungszweigen üblich ist, wurde gemäss Botschaft ausdrücklich verzichtet, um sicherzustellen, dass „die Militärversi-

---

<sup>69</sup> Verordnung des EDI vom 18. Oktober 1984 über die Abgabe von Hilfsmitteln durch die Unfallversicherung (HVUV; SR 832.205.12). Die Verordnungskompetenzen des EDI für den Bereich der Hilfsmittel ergibt sich aus Art. 19 der Verordnung vom 20. Dezember 1982 über die Unfallversicherung (UVV; SR 832.202).

<sup>70</sup> Vgl. auch Urteil des BGer 8C.832/2007 vom 10.3.2008, E. 1.2.

cherung die neu auf dem Markt erscheinenden Hilfsmittel rasch zu Nutzen machen kann, damit die Bedürfnisse im Einzelfall optimal befriedigt werden können“.<sup>71</sup> Die Kosten für die Abgabe von Hörgeräten werden jedoch im Rahmen der ausgehandelten Tarife von der Militärversicherung übernommen.<sup>72</sup>

60. Nach Artikel 26 Absatz 1 MVG kann die Militärversicherung mit den Medizinalpersonen, Anstalten, Institutionen für teilstationären Aufenthalt, Abklärungsstellen und Laboratorien vertraglich die Zusammenarbeit regeln und die Tarife festlegen. Sie kann die Behandlung der Versicherten ausschliesslich den am Vertrag Beteiligten anvertrauen. Jedermann, der die Bedingungen erfüllt, kann dem Vertrag beitreten. Gemäss Absatz 4 der Bestimmung sind für alle Versicherten der Militärversicherung die gleichen Taxen zu berechnen.

61. Artikel 13 Absatz 1 MVV<sup>73</sup> regelt, dass die Zusammenarbeits- und Tarifverträge zwischen den Versicherern und den Ärzten, Zahnärzten, Chiropraktoren und medizinischen Hilfspersonen auf gesamtschweizerischer Ebene abgeschlossen werden müssen. Nach Artikel 14 Absatz 1 Satz 1 MVV sind die Tarife nach Artikel 26 MVG nach Grundsätzen auszugestalten, die auch für andere Sozialversicherungszweige Anwendung finden können.

62. Sowohl in Artikel 56 Absatz 1 UVG als auch in Artikel 26 Absatz 1 MVG wird die Möglichkeit geschaffen, dass die Versicherer mit gewissen Leistungserbringern vertraglich die Zusammenarbeit regeln und die Tarife festlegen können. Obwohl es dabei nicht offensichtlich erscheint, dass Abgabestellen für Hilfsmittel (und somit Akustiker) unter den Begriff von „Medizinalpersonen“ zu subsumieren sind<sup>74</sup>, da doch zum Beispiel die für die Tarifverträge massgebliche Bestimmung im IVG sowohl „Berufsverbände der Medizinalpersonen“ als auch „Abgabestellen für Hilfsmittel“ als mögliche Tarifpartner erwähnt (Art. 27 Abs. 1 IVG), ist vorliegend sowohl für die UV als auch die MV von einer genügenden Gesetzesgrundlage für den Abschluss von den Tarifverträgen im Hörgerätebereich durch die jeweiligen Versicherer auszugehen.

63. Für die UV gilt zunächst zu erwähnen, dass Artikel 70 Absatz 1 UVV auch von Zusammenarbeits- und Tarifverträge mit medizinischen Hilfspersonen spricht. Weiter ergibt sich die Befugnis der Versicherer mit den Abgabestellen für Hilfsmittel vertraglich die Zusammenarbeit zu regeln und die Tarife festzulegen explizit aus Artikel 3 Absatz 1 HVUV.

64. Trotz Fehlen einer expliziten Bestimmung für Tarifverträge mit Abgabestellen für Hilfsmittel kann es sich für die MV wohl nicht anders verhalten als bei der UV, wollte der Gesetzgeber doch das Modell des UVG betreffend Medizinalrecht und Tarifwesen für das MVG weitgehend übernehmen.<sup>75</sup> Die Regelungsnähe zum UVG zeigt sich einerseits darin, dass mit Artikel 13 Absatz 1 MVV eine im Vergleich mit dem erwähnten Artikel 70 Absatz 1 UVV identische Bestimmung besteht. Andererseits sind nach Artikel 14 Absatz 1 Satz 1 MVV die Tarife nach Artikel 26 MVG nach Grundsätzen auszugestalten, die auch für andere Sozialversicherungszweige Anwendung finden können.

---

<sup>71</sup> Botschaft vom 27. Juni 1990 zum Bundesgesetz über die Militärversicherung, BBl 1990 III 201, 232.

<sup>72</sup> Vgl. oben Fn 48 zur Rechtsprechung des Bundesgerichts, wonach die Leistungspflicht der Militärversicherung gegenüber der versicherten Person nicht in jedem Fall durch die Höhe der ausgehandelten Tarife beschränkt werden.

<sup>73</sup> Verordnung vom 10. November 1993 über die Militärversicherung (MVV; SR 833.11).

<sup>74</sup> Es handelt sich bei ihnen jedoch wohl weder um „Heil- und Kuranstalten“ (Art. 56 Abs. 1 UVG) noch um „Anstalten, Institutionen für teilstationären Aufenthalt, Abklärungsstellen und Laboratorien“ (Art. 26 Abs. 1 MVG).

<sup>75</sup> BBl 1990 III 201, 232.

#### **B.2.1.4 Zwischenergebnis**

65. Sowohl was die Abgabe von Hörgeräten als auch die Regelung dieser Abgabe durch die Akustiker mittels Tarifverträgen angeht, ist von einer genügenden gesetzlichen Grundlage auszugehen. Auch scheinen aufgrund der Vielzahl der Abgabestellen einzig branchenübergreifende Tarifverhandlungen mit den Verbänden der Akustiker zielführend, zumal zumindest in den Bereichen UV und MV die Vorgabe besteht, für alle Versicherten die gleichen Taxen zu berechnen.<sup>76</sup>

#### **B.2.2 Preisregulierung aufgrund der Tarifordnung und Fazit**

66. Was nun die Preisregulierung im zuzahlungsfreien Bereich (d.h. die Tatsache, dass bei Abgabe eines zuzahlungsfreien Hörgerätes abhängig von der med. Indikation der versicherten Person maximal der anwendbare Tarifpreis in Rechnung gestellt werden darf) angeht, erscheint diese als Folge der gesetzlichen Vorgabe, Hilfsmittel in einfacher und zweckmässiger Ausführung anzugeben oder pauschal zu vergüten, und der zur Erfüllung dieser Aufgabe vorgesehenen Möglichkeit, die Zusammenarbeit mit den Akustikern zu regeln und Tarife zu vereinbaren.

67. Die Einschränkung der Preisgestaltungsfreiheit der Akustiker im zuzahlungsfreien Bereich erscheint auch geeignet, eine adäquate Hörgeräteversorgung der versicherten Personen zu garantieren und somit den gesetzlichen Auftrag, Hilfsmittel in einfacher und zweckmässiger Ausführung anzugeben oder pauschal zu vergüten, zu erfüllen. Zu diesem Zweck dienen insbesondere auch die Bestimmungen des Qualitätssicherungsvertrags in Anhang 3 des Tarifvertrags-2006, deren Erfüllung gemäss Ziffer 2.1 Tarifvertrag-2006 Voraussetzung zur Abrechnung gegenüber den Versicherern darstellt, und die Verpflichtung der Akustiker, im Rahmen der vergleichenden Anpassung (also dem Probetragen von verschiedenen Hörgeräten in der Auswahlphase) immer auch eine adäquate, zuzahlungsfreie Versorgungsvariante anzupassen.<sup>77</sup> Weiter dient die Tarifordnung (und insbesondere die Hörgerädetarife) unter anderem der Begrenzung der von den Sozialversicherungen für diese Versorgung zu tragenden Kosten und ermöglicht eine Gleichbehandlung aller Versicherten mit gleichem Hörversorgungsbedarf.

68. Es bestehen somit Anzeichen dafür, dass sich die aus der Tarifordnung ergebende Einschränkung des Wettbewerbs im Bereich der zuzahlungsfreien Hörversorgung im Einzelfall (die vereinbarten Hörgerädetarife als Höchstpreise) wohl auf Vorschriften im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG stützen kann. Eine Verpflichtung, bestimmte (insb. von den Herstellern explizit als „zuzahlungsfrei“ bezeichnete oder auf der Liste der zuzahlungsfreien Hörsysteme geführte) Hörgerätemodelle zu einem bestimmten Endpreis verkaufen zu müssen, besteht aufgrund der Tarifordnung nach vorliegenden Erkenntnissen nicht. Eine solche Ausschaltung des Preiswettbewerbs wäre wohl auch nicht notwendig, um die gesetzlichen Vorgaben zu erfüllen, und könnte sich wohl kaum auf eine genügende Gesetzesgrundlage stützen.

69. Das KG ist jedoch insoweit auf den Markt für Hörgeräte (vgl. unten B.4.2.2, Rz 142 ff.) anwendbar, als Raum für Wettbewerb verbleibt. Preiswettbewerb ist nach vorliegenden Erkenntnissen insbesondere auf Absatzstufe zwischen den Herstellern generell und auf Endverkaufsstufe zwischen den Akustikern auch im Anwendungsbereich des Tarifvertrags (also gegenüber Versicherten) zumindest im Bereich der zuzahlungspflichtigen Hörversorgung uneingeschränkt möglich.

---

<sup>76</sup> Vgl. oben Rz 56 und Rz 60.

<sup>77</sup> Ziff. 1.4 des Anhangs 2 der Tarifverträge.

## B.3 Horizontale Preisabrede zwischen den Hörgeräteherstellern

70. Es stellt sich zunächst die Frage, ob Anzeichen für eine unzulässige horizontale Preisabrede im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 5 Absatz 3 KG zwischen den Hörgeräteherstellern bestehen.

### B.3.1 Wettbewerbsabrede

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

72. Eine Wettbewerbsabrede definiert sich daher durch zwei Tatbestandselemente: a) ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der Abrede beteiligten Unternehmen und b) die Abrede bezweckt oder bewirkt eine Wettbewerbsbeschränkung.

73. Im gegenwärtigen Zeitpunkt liegen keine Hinweise dafür vor, dass zwischen den Herstellern eine (rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare) Vereinbarung gemäss Artikel 4 Absatz 1 KG über Konkurrenzfaktoren (insb. Preise oder Preisbestandteile auf Wholesale- oder Endabnehmerstufe) vorliegt. Die Hersteller sind wie erwähnt nicht Vertragsparteien der zwischen den Sozialversicherern und den Akustikerverbänden geschlossenen Tarifverträge und auch nicht in deren Ausarbeitung involviert.<sup>78</sup> Weiter sind gegenwärtig keine Anzeichen dafür ersichtlich, dass sich die Hersteller im Rahmen der Verbandstätigkeit der HSM, der alle befragten Hersteller angehören, über die Preisgestaltung absprechen oder in irgendeiner Weise gegenseitig Einfluss auf die Preise der Konkurrenten nehmen.<sup>79</sup>

74. Nachfolgend gilt es zu prüfen, ob das Verhalten der befragten Hörgerätehersteller bezüglich Preissetzung auf eine Abrede im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG, insbesondere in Form einer abgestimmten Verhaltensweise, zwischen ihnen hindeutet. Eine aufeinander abgestimmte Verhaltensweise liegt vor, wenn mehrere Unternehmen ihr Marktverhalten bewusst und gewollt dem aufgrund bestimmter Kommunikationselemente antizipierbaren Marktverhalten der anderen Unternehmen anpassen, ohne dass Marktstrukturen gegeben sind, die ein solches Parallelverhalten erzwingen.<sup>80</sup> Vorausgesetzt ist ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken beziehungsweise ein Mindestmass an Verhaltenskoordination.

75. Mit Fragebogen vom 25. Januar 2010 wurden ausgewählte Hörgerätehersteller (siehe oben Rz 5) unter anderem zu den Ex-Factory-Preisen und verkauften Mengen der von ihnen in der Schweiz in den Jahren 2006 bis 2010 angebotenen Modelle und den von ihnen in diesem Zeitraum erwirtschafteten Umsätzen (nach Gerätestufen<sup>81</sup>) befragt. Weiter wurden die Hersteller gebeten, ihre an die Akustiker gerichteten Preislisten der Jahre 2006 bis 2010 beizulegen.

76. Im Nachfolgenden werden diese Informationen vor dem Hintergrund der Hypothese einer abgestimmten Verhaltensweise auf Herstellerstufe analysiert. Dabei gilt es zunächst die

---

<sup>78</sup> Gemäss Aussagen gewisser Hörgerätehersteller hätten sie überhaupt keinen Einfluss auf die Gestaltung der Verträge.

<sup>79</sup> Vgl. zum im Rahmen der HSM praktizierten Meldesystem unten B.3.1.3, Rz 89 ff. HSM selber führt im Schreiben vom 18.10.2010 aus, der Verband solle auf keinen Fall ein Gefäss für die Vereinbarung von Preisen oder sonstigen Konditionen zwischen den Herstellern oder mit nachgelagerten Handelsstufen bilden. Unzulässige Abreden würden durch den Verband weder toleriert noch begünstigt.

<sup>80</sup> ROLAND KÖCHLI/PHILIPPE REICH, in: Stämpfli Handkommentar zum Kartellgesetz, Baker & McKenzie (Hrsg.), 2007, Art. 4 KG N 12.

<sup>81</sup> Vgl. zu den sogenannten Gerätestufen unten Rz 114.

Entwicklung der Marktanteile der Hörgerätehersteller und die Entwicklung der Preise auf dem Absatzmarkt darzustellen.

### B.3.1.1 Entwicklung der Marktanteile

77. Die Marktanteile in der Schweiz der im Rahmen der vorliegenden Vorabklärung befragten sechs Hersteller haben sich in den Jahren 2006 bis 2009 wie folgt entwickelt:

**Tabelle 5: Entwicklung der umsatzbasierten Marktanteile von 2006 bis 2009 (in Prozentsätzen)**

	2006	2007	2008	2009
<b>Bernafon</b>	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%
<b>GN ReSound</b>	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%	[0-5]%
<b>Oticon</b>	[10-20]%	[10-20]%	[10-20]%	[10-20]%
<b>Phonak</b>	[30-40]%	[30-40]%	[30-40]%	[45-55]%
<b>Siemens</b>	[10-20]%	[10-20]%	[10-20]%	[0-10]%
<b>Widex</b>	[10-20]%	[10-20]%	[20-30]%	[10-20]%
<b>TOTAL</b>	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%

Quelle: Angaben der Hersteller. Berechnung: Sekretariat.

78. Die von den Herstellern insgesamt (d.h. für alle Gerätestufen) gemeldeten Umsatzzahlen zeigen zwischen 2006 und 2008 eine gewisse Stabilität der Marktanteile der Unternehmen auf dem schweizerischen Markt für Hörgeräte. Im Jahr 2009 findet hingegen eine starke Verschiebung der Marktanteile statt: Der Anteil von Phonak erhöht sich stark (von [30-40]% auf über [45-55]%) und alle anderen Mitbewerber (mit Ausnahme von Oticon) verlieren im Vergleich zum Vorjahr an Marktanteil, teilweise sogar stark: So halbierten sich die Marktanteile von GN ReSound und Siemens.

79. Betrachtet man die Marktanteilsentwicklung betreffend die jeweiligen Gerätestufen, entlang derer möglicherweise allfällige Submärkte abgegrenzt werden könnten, so zeigt sich folgendes Bild: Die Entwicklung der Marktanteile bezogen auf die Hörgeräte der Stufen 3 und 4, mit welchen die Unternehmen am meisten Umsatz erwirtschaften, ist vergleichbar zur oben dargestellten Entwicklung der Gesamtumsätze. Die Daten betreffend die Gerätestufen 1 und 2 zeigen eher grosse Schwankungen der Marktanteile in dieser Periode.<sup>82</sup> Es handelt sich dabei um allfällige Submärkte, die während dieser Periode umsatzmässig uninteressant geworden sind, wie die folgende Tabelle zeigt:

**Tabelle 6: Entwicklung der Umsätze aller Hersteller nach Gerätestufe (in Prozentsätzen)**

	2006	2007	2008	2009
<b>Gerätestufe 1</b>	0,8%	0,7%	0,7%	0,8%
<b>Gerätestufe 2</b>	11,3%	9,3%	11,9%	8,4%
<b>Gerätestufe 3</b>	25,2%	27,5%	32,0%	39,0%
<b>Gerätestufe 4</b>	62,7%	62,4%	55,5%	51,8%
<b>TOTAL</b>	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%

Quelle: Angaben der Hersteller. Berechnungen: Sekretariat.

80. Die Entwicklungen der Marktanteile scheinen zu zeigen, dass erstens die Produkte der verschiedenen Hersteller tatsächlich dem gleichen Markt zuzuordnen sind (Substituierbarkeit) und zweitens ein Kampf um Marktanteile mindestens ab 2009 stattgefunden hat. Aufgrund dieser aufgezeigten Marktstruktur ist anzunehmen, dass mit keinem dauerhaft einheitlichen Verhalten dieser Unternehmen in der Schweiz zu rechnen ist, sind Marktanteilver-

<sup>82</sup> Vgl. Grafiken in Anhang 1.

schiebungen doch Anzeichen dafür, dass ein Anreiz (nämlich Marktanteilszuwachs) dafür besteht, von einem allfälligen gemeinsamen Vorgehen abzuweichen.

81. Zur Interpretation der Marktanteilsentwicklungen ist weiter eine Analyse der Preisentwicklung und der Preispolitik der Hörgerätehersteller vorzunehmen.

### B.3.1.2 Preisentwicklung

82. Gestützt auf die von den Herstellern mitgeteilten Ex-Factory-Preise (also Listenpreise vor Abzug allfälliger Rabatte) lässt sich für die Jahre 2006 bis 2009 folgende Entwicklung der Durchschnittspreise feststellen:

**Tabelle 7: Entwicklung der durchschnittlichen Listenpreise (nach verkauften Mengen gewichtet)**

	2006	2007	2008	2009
<b>Bernafon</b>	1'280.1	1'160.5	997.4	1'016.6
<b>GN ReSound</b>	1'175.1	1'285.5	1'343.1	1'163.9
<b>Oticon</b>	1'272.7	1'523.3	1'324.2	1'099.2
<b>Phonak</b>	1'423.0	1'377.7	1'411.1	1'441.3
<b>Siemens</b>	1'190.9	1'172.5	1'197.6	1'095.0
<b>Widex</b>	1'298.1	1'291.3	1'385.9	1'366.2
<b>Durchschnitt</b>	1'273.3	1'301.8	1'276.6	1'197.0

Quelle: Angaben der Hersteller. Berechnung: Sekretariat

83. Allgemein und ohne Rücksicht auf die Angaben betreffend die unterschiedlichen Stufen sind die durchschnittlichen Listenpreise auf die Jahre hinweg eher stabil geblieben. Die gleiche Feststellung lässt sich auch im Bezug auf die Entwicklung der Preise für die Hörgeräte der Stufe 4 (eher leichte Erhöhung) sowie der Indikationsstufe 3 treffen. Eine leichte Senkung der Listenpreise charakterisiert hingegen die Entwicklung der durchschnittlichen Listenpreise für die Gerätestufen 1 und 2.<sup>83</sup>

84. Aufgrund der Analyse der Listenpreise lassen sich die Schwankungen der Marktanteile der verschiedenen Unternehmen nicht erklären. Es sind deshalb im Folgenden die Nettoverkaufspreise der Hersteller in die Analyse mit einzubeziehen. In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass sich der Umsatz aller befragten Hersteller zwischen 2006 und 2009 um 5,3% erhöht hat, gleichzeitig das Wachstum bezogen auf die Anzahl der verkauften Hörgeräte jedoch 27,5% betrug. Der durchschnittliche Nettoverkaufspreis der Hörgeräte<sup>84</sup> (bezogen auf alle Stufen) ist daher in dieser Periode von 937 Franken auf 714 Franken gesunken.

85. Betrachtet man die Entwicklung der von den Akustikern (also den Abnehmern) effektiv an die einzelnen Hersteller bezahlten Preise, zeigt sich, dass diese massgeblich von der jeweiligen Rabattpolitik der jeweiligen Hersteller geprägt sind. Die Höhe der Rabatte in Prozentsätzen sind in der folgenden Tabelle zusammengefasst<sup>85</sup>:

---

<sup>83</sup> Vgl. Grafiken in Anhang 2.

<sup>84</sup> Dies entspricht dem erwirtschafteten Umsatz dividiert durch die Anzahl verkaufter Hörgeräte aller Hersteller.

<sup>85</sup> Vgl. auch Grafik in Anhang 3.

**Tabelle 8: Rabatte der Hörgerätehersteller gegenüber den Akustikern von 2006 bis 2009 (in Prozentsätzen)**

	2006	2007	2008	2009
<b>Bernafon</b>	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%
<b>GN ReSound</b>	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%
<b>Oticon</b>	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%
<b>Phonak</b>	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%
<b>Siemens</b>	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%
<b>Widex</b>	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%
<b>Durchschnitt</b>	-[20-30]%	-[30-40]%	-[30-40]%	-[40-50]%

Quelle: Angaben der Hersteller. Berechnung: Sekretariat.

86. Diese Zahlen zeigen, dass die Hörgerätehersteller in den Jahren 2006 bis 2009 durch preisliche Massnahmen versucht haben, die Haltung der Abnehmer (Ketten, Einkaufsgemeinschaften und Einzelabnehmer) zu beeinflussen, um bessere Umsätze zu erreichen. Diese Strategie hat nicht allen Produzenten gleichermassen gedient: Die Senkung der Preise hat meist nicht zu einer genügend starken Erhöhung des Verkaufs von Hörgeräten geführt und der Umsatz hat sich verkleinert. Phonak hat die Situation am besten gemeistert. Trotz (oder zumindest teilweise dank) hohen und steigenden Rabatten an die Akustiker hat sie ihre Umsätze steigern und Marktanteile hinzugewinnen können.

87. Die Analyse der Preisentwicklung hat gezeigt, dass die Rabattpolitik der verschiedenen Unternehmen (wohl zusammen mit der Entwicklung der jeweiligen Produktpalette sowie anderen Marketing-Massnahmen) mit hoher Wahrscheinlichkeit einen Einfluss auf die Entwicklung der Marktanteile gehabt hat. Diese Haltung ist sicher als prokompetitiv zu beurteilen, hat sie doch zu einem Preiskampf zwischen den Hörgeräteherstellern geführt und letztendlich die Wettbewerbsintensität zwischen Produzenten für Hörgeräte in der Schweiz erhöht.

### **B.3.1.3 Datenerhebung durch HSM**

88. HSM ist eine Genossenschaft mit Sitz in Cham. Sie bezweckt die Vereinigung von Fabrikanten und Grossisten der Hörgerätebranche zu einem Berufsverband. Weiter hat sie zum Zweck die Förderung des Absatzes von Hörgeräten ihrer Genossenschafter in gemeinsamer Selbsthilfe mit gezielten Massnahmen, die Organisation von Weiterbildungsveranstaltungen für ihre Genossenschafter und die Zurverfügungstellung einer kostengünstigen Verbandsinfrastruktur bestehend unter anderem aus Auskunfts- und Rechtsdienst an die Genossenschafter.<sup>86</sup>

89. HSM, der unter anderem sämtliche im Rahmen der Vorabklärung befragten Hersteller angehören, erhebt durch und für seine Mitglieder seit dessen Gründung am 25. März 2003 Daten betreffend die Stückzahlen der im schweizerischen Markt insgesamt pro Quartal abgesetzten Hörsysteme. Die Datenerhebung und der Rückfluss der Daten an die Mitglieder gestaltet sich gemäss HSM wie folgt:

90. Jedes Mitglied der HSM liefert quartalsweise die Anzahl der von ihm verkauften Hörgeräte an das Verbandssekretariat von HSM, vertreten durch die 4S Treuhand AG mit Sitz in Cham (nachfolgend: 4S Treuhand). Diese ist für die Aufbereitung und Konsolidierung der Daten verantwortlich und erstellt zu Handen der HSM (bzw. ihrer Mitglieder) eine Übersicht über die Gesamtabsatzmengen des jeweils letzten Quartals, aufgegliedert nach den folgenden Parametern: Gerätestufe (1, 2, 3, 4- [bis Fr. 3'599], 4+ [ab Fr. 3'600] oder 5 [Fernbedie-

<sup>86</sup> Auszug aus dem Handelsregister des Kantons Zug.

nungen)]<sup>87</sup>, Bauform (HdO/HB, miniHdO [mit Schlach], miniHdO [mit externem Hörer], IdO oder CIC) und Absatzkanal (AKUSTIKA DS, AKUSTIKA SR, HZV oder NOF<sup>88</sup>). So lässt sich zum Beispiel der Übersicht zum dritten Quartal 2009 entnehmen, dass in dieser Zeitperiode gesamthaft 16'038 Hörgeräte abgesetzt wurden und davon nur 1'381 (oder 8,61%) an Akustiker gingen, die weder Mitglied von AKUSTIKA noch HZV sind. Die Quartalsübersichten lassen jedoch noch weit detailliertere Aussagen über den (Absatz-)Markt für Hörgeräte zu, etwa dass im dritten Quartal 2009 64 Hörgeräte der Bauform IdO (also „In-dem-Ohr“), die der Stufe 3 zugeteilt sind, an Mitglieder von HZV verkauft wurden.<sup>89</sup>

91. Auf den so erstellten Quartalsübersichten finden sich keine Preisangaben und nur Gesamtabsatzmengen, also immer nur nach den erwähnten Parametern aufgegliederte Angaben zu den Stückzahlen der von allen Herstellern insgesamt abgesetzten Hörgeräte.<sup>90</sup> Mit anderen Worten lässt sich aus den Übersichten nicht ablesen, wie viele Geräte die einzelnen Hersteller in der Bemessungsperiode verkauft haben. HSM führt dazu aus, diese Information werde ihren Mitglieder auch nicht bekanntgegeben, es flössen nur Gesamtmarktdaten an diese zurück. Das Treuhandbüro (4S Treuhand) unterliege einer Geheimhaltungspflicht; die einzelnen Meldungen der Hersteller dürften weder den Mitgliedern noch Drittparteien bekannt gegeben werden.<sup>91</sup>

92. Sofern, wie von HSM ausgeführt, tatsächlich nur Gesamtzahlen zurückfliessen, welche den einzelnen Herstellern keine Rückschlüsse auf die Absatzzahlen ihrer jeweiligen Konkurrenten erlauben<sup>92</sup>, ist davon auszugehen, dass das Meldesystem von HSM eventuell nicht geeignet ist, ein kollusives Verhalten zwischen den Herstellern zu ermöglichen oder zu erleichtern. Zu welchem Zweck dieses Meldesystem eingeführt und weiterhin unterhalten wird, erscheint jedoch gestützt auf die vorliegenden Informationen unklar.<sup>93</sup>

#### **B.3.1.4 Zwischenergebnis**

93. Sowohl die Entwicklung der Marktanteile der befragten Hörgerätehersteller als auch die Entwicklung der Ex-Factory-Preise beziehungsweise der von den Akustikern effektiv bezahl-

---

<sup>87</sup> Die Einstufung in die Kategorien 4- (bis Fr. 3'599.-) und 4+ (ab Fr. 3'600.-) richtet sich bis Ende 2009 nach dem empfohlenen Endverkaufspreis gemäss Hörgerätelisten.

<sup>88</sup> Unter der Bezeichnung „NOF“ werden diejenigen Akustiker aufgeführt, die weder Mitglied von AKUSTIKA noch von HZV sind.

<sup>89</sup> Vgl. die Übersichten zum dritten und vierten Quartal 2009 in der Beilage 7 des Schreibens von Phonak vom 29.3.2010.

<sup>90</sup> Das Meldesystem in der Schweiz unterscheidet sich von demjenigen, das von den Herstellern in Deutschland praktiziert wurde: Dort meldeten seit 2002 alle Hörgerätehersteller, die ihre Hörgeräte an den Hörgeräte-Akustikerhandel vertrieben, dem Zentralverband Elektrotechnik- und Elektrotechnikindustrie e.V., Frankfurt/Main (nachfolgend: ZVEI), bei dem alle Hersteller Mitglieder sind, bzw. dem Fachverband Elektromedizinische Technik innerhalb des ZVEI, monatlich detaillierte Angaben über die eigenen Absatzmengen, Umsätze und ihre durchschnittlichen Herstellerabgabepreise im Bereich Hörgeräte (vgl. zum mittlerweile nicht mehr praktizierten ZVEI-Meldesystem etwa den Beschluss der 3. Beschlussabteilung des Bundeskartellamtes vom 11.4.2007 zum Zusammenschlussvorhaben Phonak/GN ReSound, Rz 196 ff., erhältlich unter: <<http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Fusion/Fusion07/B3-578-06.pdf>> (8.2.2011). Phonak führt aus, das ZVEI-System betreffe alleine Deutschland, existiere in der Schweiz nicht und habe auch keinen mittelbaren Einfluss auf die Schweiz (vgl. Schreiben vom 29.3.2010, S. 15).

<sup>91</sup> Schreiben von HSM vom 18.10.2010.

<sup>92</sup> So explizit Phonak, die weiter ausführt, andere Daten würden weder von HSM noch von den Herstellern über einen anderen Weg ausgetauscht (vgl. Schreiben vom 29.3.2010, S. 15).

<sup>93</sup> Gemäss HSM dient die Datenerhebung dem Zweck, die Marktentwicklung in Bezug auf die Stückzahlen zu kennen (Schreiben von HSM vom 18.10.2010).

ten Preise deuten auf vorhandenen Preiswettbewerb auf dem Absatzmarkt und somit gegen die Existenz einer Abrede zwischen den Hörgeräteherstellern etwa in Form einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise.<sup>94</sup> Es bestehen zudem keine Anhaltspunkte dafür, dass das im Rahmen der HSM von den Herstellern praktizierte Meldesystem dazu genutzt wird, ein allfälliges kollusives Verhalten zwischen den Herstellern zu ermöglichen oder zu erleichtern.

94. Da aufgrund der vorliegenden Informationen momentan keine Anhaltspunkte für ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken bezüglich der Festsetzung der Ex-Factory- oder Nettoverkaufspreise und somit einer Abrede zwischen den Hörgeräteherstellern etwa in Form einer abgestimmten Verhaltensweise in Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG vorliegen, brauchen die weiteren Elemente einer allfälligen unzulässigen Preisabrede im Sinne von Artikel 5 Absatz 3 KG nicht mehr geprüft zu werden.

### **B.3.2 Fazit**

95. Es bestehen keine Anzeichen dafür, dass die Preise für Hörgeräte auf der Absatzstufe durch eine horizontale Preisabrede zwischen den Hörgeräteherstellern im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 5 Absatz 3 KG beeinflusst werden. Vielmehr ist aufgrund der vorliegenden Informationen davon auszugehen, dass tatsächlich insbesondere Preis- und Rabattwettbewerb zwischen den Hörgeräteherstellern besteht.

## **B.4 Vertikale Preisabrede zwischen Herstellern und Akustikern**

96. Weiter gilt es zu prüfen, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass unzulässige vertikale Abreden zwischen den Hörgeräteherstellern und Akustikern über Preise im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 5 Absatz 4 KG vorliegen. Als Ansatzpunkt für diese Prüfung dienen dabei Verkaufspreisempfehlungen der Hersteller, die sich einerseits auf den sogenannten Hörgerätelisten<sup>95</sup>, andererseits jedoch auch auf den jeweiligen Preislisten der Hersteller finden.

### **B.4.1 Wettbewerbsabrede**

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

98. Eine Wettbewerbsabrede definiert sich daher durch zwei Tatbestandselemente: a) ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der Abrede beteiligten Unternehmen und b) die Abrede bezweckt oder bewirkt eine Wettbewerbsbeschränkung. Diese Definition umfasst sowohl Vereinbarungen als auch Empfehlungen und abgestimmte Verhaltensweisen.

99. Nachfolgend ist zu prüfen, ob Anzeichen dafür bestehen, dass die von den Hörgeräteherstellern abgegebenen Verkaufspreisempfehlungen für Hörgeräte als Wettbewerbsabreden zwischen den Herstellern und den Akustikern im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG zu qualifizieren sind. Im Vordergrund steht dabei die Frage, ob Anhaltspunkte für abgestimmte Verhaltensweisen vorliegen.

---

<sup>94</sup> So auch Phonak, welche ausführt, zwischen den Herstellern bestehe starker Innovationswettbewerb und erheblicher Preiswettbewerb, was sich in den dynamischen und teils signifikanten Marktanteilsverschiebungen zeige (Schreiben vom 29.3.2010, S. 2).

<sup>95</sup> Vgl. zu den Hörgerätelisten unten Rz 110 ff.

### B.4.1.1 Abgestimmte Verhaltensweisen

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

101. Die Annahme einer abgestimmten Verhaltensweise im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG setzt somit ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken beziehungsweise ein Mindestmass an Verhaltenskoordination voraus<sup>96</sup>: Mehrere Unternehmen passen ihr Marktverhalten bewusst und gewollt dem aufgrund bestimmter Kommunikationselemente antizipierbaren Marktverhalten anderer Unternehmen an, ohne dass Marktstrukturen gegeben sind, die ein solches Parallelverhalten erzwingen.<sup>97</sup> Im Ergebnis tritt somit die praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs.<sup>98</sup>

102. Voraussetzung sowohl für horizontal als auch für vertikal abgestimmte Verhaltensweisen ist das Vorliegen eines bewussten und gewollten Zusammenwirkens, das eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt. Anlässlich der Prüfung einer vertikal abgestimmten Verhaltensweise ist es naheliegend, die bei der Prüfung von horizontalen Abreden angewendeten Kriterien – einschliesslich des Befolgungsgrades – zu berücksichtigen. Daneben können zusätzliche Elemente berücksichtigt werden, welche darlegen, dass die Befolgung auf eine Abstimmung zurückzuführen ist. Die Ausübung von Druck oder die Gewährung von Anreizen bilden solche Elemente, allerdings nicht die Einzigen.<sup>99</sup>

103. Im Zusammenhang mit Preisempfehlungen ist schliesslich Ziffer 15 VertBek zu beachten. Absatz 1 dieser Bestimmung besagt, dass bei Preisempfehlungen von Anbietern an Wiederverkäufer oder Händler im Einzelfall zu prüfen ist, ob eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Artikel 5 Absatz 4 in Verbindung mit Absatz 1 KG vorliegt. Nach Absatz 3 können folgende Umstände Anlass geben, Preisempfehlungen aufzugreifen:

- a. der Umstand, dass Preisempfehlungen in nicht allgemein zugänglicher Weise abgegeben werden, sondern nur an die Wiederverkäufer oder Händler;
- b. der Umstand, dass Preisempfehlungen, die von Herstellern oder Lieferanten in Schweizerfranken auf den Produkten, Verpackungen oder in Katalogen etc. angebracht werden, nicht ausdrücklich als unverbindlich bezeichnet sind;
- c. der Umstand, dass das Preisniveau der von den Preisempfehlungen betroffenen Produkte bei vergleichbarer Gegenleistung deutlich höher liegt als im benachbarten Ausland;
- d. der Umstand, dass die Preisempfehlungen tatsächlich von einem bedeutenden Teil der Wiederverkäufer oder Händler befolgt werden.

104. Im Zusammenhang mit dem Abredebegriff von Bedeutung und deshalb nachfolgend zu prüfen sind insbesondere die „Aufgreifkriterien“ gemäss Buchstaben a, b und d.<sup>100</sup>

---

<sup>96</sup> So BGE 129 II 18, 27 E. 6.3 (= RPW 2002/4, 738 E. 6.3), *Buchpreisbindung*; vgl. auch RPW 2010/4, 659 Rz 98, *Hors-Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra*.

<sup>97</sup> SHK-KÖCHLI/REICH (Fn 80), Art. 4 KG N 12.

<sup>98</sup> RPW 2010/4, 659 f. Rz 98, *Hors-Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra*, m.w.H.

<sup>99</sup> RPW 2010/4, 661 Rz 106, *Hors-Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra*.

<sup>100</sup> Vgl. RPW 2010/4, 661 Rz 107 f., *Hors-Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra*, noch mit Bezug auf die Bekanntmachung der WEKO vom 2.7.2007 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden.

### B.4.1.2 Konkrete Verkaufspreisempfehlungen

105. Bevor darauf eingegangen werden kann, ob Anzeichen für vertikale Wettbewerbsabreden mittels Verkaufspreisempfehlungen vorliegen, gilt es zunächst darzustellen, in welcher Form die Hörgerätehersteller nach den vorliegenden Informationen Wiederverkaufspreise ihrer Produkte (insbesondere gegenüber den Akustikern) kundtun. Dabei können einerseits Verkaufspreisempfehlungen auf den sogenannten Hörgerätelisten und andererseits Verkaufspreisempfehlungen auf den an die Akustiker gerichteten Preislisten der Hersteller unterschieden werden. Nachfolgend wird – nach diesen beiden Fundorten unterschieden – die Praxis der einzelnen Hörgerätehersteller bis Ende 2009 dargestellt.<sup>101</sup>

106. Nach vorliegenden Erkenntnissen ergibt sich aufgrund der Tarifverträge im zuzahlungsfreien Bereich zwar im Einzelfall eine Beschränkung der Preisgestaltungsfreiheit der Akustiker, aber (wie auch im zuzahlungspflichtigen Bereich) keine Verpflichtung, bestimmte Hörgerätemodelle zu einem bestimmten Endverkaufspreis zu verkaufen.<sup>102</sup> Wenn somit die jeweiligen Hersteller bestimmte Hörgerätemodelle auf ihren Preislisten explizit als „zuzahlungsfrei“ bezeichnen oder (gleichbedeutend) diese Geräte unter Angabe des Tarifpreises auf der Liste der zuzahlungsfreien Hörgeräte führen, ist dies ebenfalls als eine Verkaufspreisempfehlung der Hersteller zu werten, weshalb nachfolgend nicht zwischen zuzahlungsfreien und zuzahlungspflichtigen Geräten unterschieden wird.<sup>103</sup>

107. Obwohl einerseits für die Hörbehinderten als auch die Akustiker schlussendlich nur der Endverkaufspreis eines Hörsystems, das heisst die Summe von Geräteverkaufspreis und in Rechnung gestellter Kosten für die (Anpassungs-)Dienstleistung, relevant ist, und andererseits die Hersteller auch Verkaufspreisangaben für ihre Hörgeräte inklusive Anpassung machen, stehen vorliegend allfällige vertikale Wettbewerbsabreden über die Geräteverkaufspreise, also einen Bestandteil der Endverkaufspreise, im Fokus. Die zweite Preiskomponente, also die dem Hörbehinderten (bzw. seiner Sozialversicherung) in Rechnung gestellten Dienstleistungskosten, bleibt nachfolgend ausser Acht. Dies, insbesondere weil davon auszugehen ist, dass die einzelnen Hersteller die von ihnen zur Berechnung eines empfohlenen Endverkaufspreises verwendeten Ansätze für die Dienstleistungskomponenten nicht selber festlegen. Vielmehr zeigt ein Vergleich der unterschiedlichen Verkaufspreisangaben (Preise mit oder ohne Anpassung, bei monauraler oder binauraler Versorgung) auf den Hörgerätelisten beziehungsweise den Preislisten der Hersteller, dass alle befragten Hersteller einem empfohlenen Geräteverkaufspreis abhängig von Gerätestufe und Versorgung (monaural oder binaural) jeweils die Dienstleistungspauschalen gemäss Hörgerätetarif hinzuaddieren, wobei für Geräte der Stufe 4 die Dienstleistungspauschalen der dritten Stufe verwendet wird.<sup>104</sup> Das von den befragten Herstellern durchwegs befolgte Schema kann wie folgt dargestellt werden:

---

<sup>101</sup> Vgl. bzgl. Abgabe von Preisempfehlungen durch die Hersteller seit 1.1.2010 unten Rz 175 ff.

<sup>102</sup> Vgl. oben Rz 26 f.

<sup>103</sup> Die gebräuchliche Einteilung in zuzahlungsfreie und zuzahlungspflichtige Geräte, die auch den separaten Hörgerätelisten zugrundeliegt, ist bis zu einem gewissen Grad missverständlich, bezieht sich die Wendung „zuzahlungsfrei“ logischerweise doch immer nur auf die Hörversorgung im Einzelfall, da die vollständige Kostenübernahme durch eine Versicherung immer vom Versicherungsanspruch einerseits und vom tatsächliche Endverkaufspreis andererseits abhängt.

<sup>104</sup> So explizit Phonak: „Dem Empfohlenen Endverkaufspreis der Hörsysteme der Indikationsstufe 4 liegt mangels einer für die Akustiker tarifvertraglich vereinbarten Pauschale jeweils die Dienstleistungspauschale der Indikationsstufe 3 zugrunde“ (Schreiben vom 29.3.2010, S. 23). Neben Phonak verwenden GN ReSound und auch (teilweise) Siemens explizit das Wort Dienstleistungspauschale auf ihren Preislisten, was zusätzlich für die Verwendung der Pauschalen gemäss Hörgerätetarif und gegen eine autonome Berechnung der Dienstleistungskomponenten spricht.

**Tabelle 9: Angewandte Dienstleistungspauschalen in Preisempfehlungen der Hersteller**

Gerätestufe	Zum Geräteverkaufspreis addierte Dienstleistungspauschale (monaural)	Zum Geräteverkaufspreis addierte Dienstleistungspauschale (binaural)
1	Fr. 970.- (= Tarifposition 61.12; Indikationsstufe 1)	Fr. 1'425.- (= Tarifposition 61.22; Indikationsstufe 1)
2	Fr. 1'190.- (= Tarifposition 62.12; Indikationsstufe 2)	Fr. 1'700.- (= Tarifposition 62.22; Indikationsstufe 2)
3	Fr. 1'405.- (= Tarifposition 63.12; Indikationsstufe 3)	Fr. 1'965.- (= Tarifposition 63.22; Indikationsstufe 3)
4	Fr. 1'405.- (= Tarifposition 63.12; Indikationsstufe 3)	Fr. 1'965.- (= Tarifposition 63.22; Indikationsstufe 3)

Quelle: Sekretariat.

108. Eine Auswertung der Rechnungsdaten, welche im Rahmen der Vorabklärung erhoben wurden, lässt zudem darauf schliessen, dass sich nicht nur die Hersteller (bei der Angabe von Verkaufspreisempfehlungen), sondern wohl auch viele Akustiker generell an diese Vorgehensweise halten, den Hörbehinderten also abhängig von der Gerätestufe des verkauften Hörgeräts (und nicht z.B. abhängig von der jeweiligen med. Indikation des Kunden) eine Dienstleistungspauschale gemäss Hörgerätetarif verrechnen. Dies wird auch durch die Antworten der Akustiker auf die Frage, aufgrund welcher Faktoren sie die Preise für ihre Dienstleistungen für die Hörgeräte der Stufe 4 festlegen, bestätigt.<sup>105</sup>

109. Weshalb die Akustiker ihre Dienstleistungen unabhängig von der eigenen Kostenstruktur schematisch anhand dieses Mechanismus in Rechnung stellen, erscheint unklar. Dieser Punkt wäre im Rahmen einer allfälligen Untersuchung vertieft abzuklären. Nach vorliegenden Erkenntnissen besteht seitens der Akustiker (mit Ausnahme des Falles einer zuzahlungsfreien Hörversorgung im Einzelfall) zumindest aufgrund der Tarifverträge insbesondere keine Verpflichtung, (einzig) die im Hörgerätetarif festgelegten Dienstleistungspauschalen in Rechnung zu stellen.

#### **B.4.1.2.1 Verkaufspreisempfehlungen auf den Hörgerätelisten**

110. Ziffer 6.3 der Tarifverträge lautet wie folgt: Es dürfen zu Lasten der Versicherer nur Hörgeräte abgerechnet werden, welche vom Bundesamt für Metrologie (METAS) homologiert wurden und für welche ein einwandfreier Kunden- und Reparaturdienst durch eine Vertretung in der Schweiz gewährleistet ist. Es werden zwei separate Hörgerätelisten erstellt, eine Liste der zuzahlungsfreien und eine Liste der zuzahlungspflichtigen Hörgeräte.

111. In diesen beiden allgemein als „Hörgerätelisten“ bezeichneten Listen gemäss Ziffer 6.3 der Tarifverträge werden die von METAS homologierten Hörgeräte unter Angabe der Modellbezeichnung und weiterer Informationen<sup>106</sup> jeweils nach Hersteller geordnet aufgeführt. Diese beiden Hörgerätelisten werden vier Mal pro Jahr aktualisiert und in ihrer jeweils aktuellen Version auf der Homepage der Zentralstelle für Medizinaltarife UVG (nachfolgend: ZMT) veröffentlicht (dort zusammen mit weiteren Dokumenten zum aktuell geltenden Tarifvertrag).<sup>107</sup> Die (Nach-)Führung der Hörgerätelisten übernimmt im Auftrag des BSV der Berufsverband der Hörgerätehersteller HSM, beziehungsweise das Verbandssekretariat vertreten durch die 4S Treuhand. Dies geschieht nach Angabe von HSM wie folgt: Jeweils am Ende

<sup>105</sup> Die meisten der befragten Akustiker machten explizit die Aussage, sie würden in diesen Fällen die Dienstleistungspauschale der Stufe 3 gemäss Hörgerätetarif anwenden. Zweimal wurde dabei die Aussage gemacht, der Mehraufwand für die Einstellung der Geräte der Stufe 4 würde durch einen höheren Gerätepreis (und eine höhere Marge) gedeckt. Nur einige wenige Akustiker verwiesen sinngemäss auf eigene betriebswirtschaftliche Kalkulationen, wobei ein solches Vorgehen aufgrund fehlender aussagekräftiger Rechnungsdaten jedoch nicht nachvollzogen werden konnte.

<sup>106</sup> Vgl. unten Rz 112.

<sup>107</sup> Vgl. <[http://www.zmt.ch/ambulante\\_tarife/ambulante\\_tarife\\_akustika.htm](http://www.zmt.ch/ambulante_tarife/ambulante_tarife_akustika.htm)> (8.2.2011).

des Quartals reichen die Hörgerätehersteller (auch diejenigen, die nicht Genossenschafter von HSM sind) die zum Erstellen der Hörgerätelisten notwendigen Angaben (z.B. Artikelnummer, Tarifposition) bei der 4S Treuhand ein. 4S Treuhand überführt die von den Herstellern gelieferten Informationen in die Hörgerätelisten und verteilt diese anschliessend in elektronischer Form an die interessierten Stellen.<sup>108</sup> Im Anschluss werden die von 4S Treuhand (also dem Verbandsekretariat von HSM) erstellten Hörgerätelisten unter anderem unverändert auf der Webseite der ZMT veröffentlicht. Nach Angaben von HSM komme dem Verband bei der Erstellung der Hörgerätelisten einzig ausführende Funktion zu. Der jeweilige Hersteller entscheide über die Einstufung eines bestimmten Gerätes in die jeweilige Gerätestufe, die Höhe des angegebenen empfohlenen Verkaufspreises sowie darüber, ob ein Gerät auf die Liste der zuzahlungspflichtigen oder zuzahlungsfreien Hörsysteme gelistet wird. Weder HSM noch ein Gremium innerhalb des Verbandes könne Einfluss auf diese Faktoren nehmen oder nehme Einfluss auf diese Faktoren.<sup>109</sup>

112. Wie bereits erwähnt, werden gemäss Ziffer 6.3 der Tarifverträge zwei Listen geführt, „eine Liste der zuzahlungsfreien und eine Liste der zuzahlungspflichtigen Hörgeräte“. Die beiden Listen sehen in ihrem Aufbau wie folgt aus<sup>110</sup>:

**Tabelle 10: Aufbau der Liste der zuzahlungsfreien Hörsysteme**

Tarpos	Artikel-code	Fabrikat	Lieferant	Modell	Bauf.	Preis Gerät ohne DL-Pauschale	Preis Gerät mit DL-Pauschale (monaurale Vers.)	MetasNr
61.11	97.62.44	Phonak	Phonak	MAXX 211	HdO	600.00	1'570.00	215-5180
62.11	99.62.22	Phonak	Phonak	Una M AZ	HdO	825.00	2'015.00	259-06603
63.11	97.62.85	Phonak	Phonak	eXtra 311 AZ	HdO	1'050.00	2'455.00	215-06002

Quelle: Liste der zuzahlungsfreien Hörgeräte Stand Oktober 2009. Auswahl: Sekretariat.

**Tabelle 11: Aufbau der Liste der zuzahlungspflichtigen Hörsysteme (bis 31.12.2009)**

Tarpos	Artikel-code	Fabrikat	Lieferant	Modell	Bauf.	empfohlener VP mit DL-Pauschale (monaurale Versorgung)	MetasNr
61.11	97.62.43	Phonak	Phonak	MAXX 22	IdO	1'760.00	215-5023
62.11	99.62.19	Phonak	Phonak	Una CIC/MC	IdO	2'165.00	259-06600
63.11	99.62.37	Phonak	Phonak	Naida III SP	HdO	2'655.00	259-07158
64.11	97.62.91	Phonak	Phonak	Eleva 11 CIC/MC	CIC	3'355.00	259-06323

Quelle: Liste der zuzahlungspflichtigen Hörgeräte Stand Oktober 2009. Auswahl: Sekretariat.

113. Der Aufbau der beiden Listen, der nach vorliegenden Informationen das Resultat von Verhandlungen der Tarifpartner ist<sup>111</sup>, gestaltet sich somit weitgehend identisch:

<sup>108</sup> Neben BSV, METAS, SUVA und sämtlichen IV-Stellen werden nach Aussage von HSM auch die Akustikerverbände Akustika und HZV sowie sämtliche Hörgerätehersteller mit der Hörgeräteliste durch 4S Treuhand bedient (vgl. Schreiben von HSM vom 18.10.2010).

<sup>109</sup> Vgl. Schreiben von HSM vom 18.10.2010.

<sup>110</sup> Als Beispielinhalt wird je ein Modell der Stufen 1 bis 3 respektive 1 bis 4 des Herstellers Phonak aufgeführt. Zu den sog. Gerätestufen siehe unten Rz 114.

<sup>111</sup> So wurde die letzte Änderung im Aufbau, der Verzicht auf die Angabe eines empfohlenen Verkaufspreises auf der Liste für zuzahlungspflichtige Hörgeräte, in den Verhandlungen zum Tarifvertrag-2010 von den Akustiker-Verbänden gefordert (vgl. unten Rz 176). Die Hersteller hingegen haben wohl keinen direkten Einfluss auf die Gestaltung der Hörgerätelisten, führt doch insbesondere Phonak aus, Inhalt und Gestaltung der Listen würden vom BSV vorgegeben (Schreiben von Phonak vom 29.3.2010, S. 10).

114. Auf beiden Listen sind die verschiedenen Modelle eines Herstellers jeweils nach **Gerätetufen** sortiert, so dass zunächst alle Geräte der Stufe 1, danach die Geräte der Stufe 2, und so weiter aufgelistet sind. Die Einteilung eines jeden Hörgerätemodells in eine von vier Stufen geschieht vor dem Hintergrund des 1999 für die sog. medizinische Indikation eingeführten Dreistufenmodells<sup>112</sup>: Die Geräte der Stufen 1 bis 3 sollen grundsätzlich den Hörversorgungsbedarf der Hörbehinderten mit entsprechender medizinischer Indikation (Indikationsstufe 1: leichter Hörverlust; Indikationsstufe 2: mittlerer Hörverlust; Indikationsstufe 3: schwerer Hörverlust) in einfacher und zweckmässiger Weise (vgl. z.B. Art. 21 IVG) abdecken.<sup>113</sup> Geräte der Stufe 4 bieten den Hörbehinderten eine Ausstattung (z.B. unauffälligere Hörgeräte aufgrund ihrer kleineren Grösse oder anderen Bauform, Möglichkeit der Anpassung der Hörgeräte auf unterschiedliche Hörsituationen mittels Fernbedienung usw.), die über das hinausgeht, was zur einfachen und zweckmässigen Deckung ihres Hörversorgungsbedarfs notwendig ist. Welcher Stufe ein Gerät zugeteilt wurde, lässt sich auf den Hörgerätelisten an der zweiten Ziffer der numerischen Tarifposition ablesen (ein Modell mit Tarifposition „61.11“ ist z.B. der Gerätestufe 1 zugeteilt).<sup>114</sup>

115. Beide Hörgerätelisten enthalten zudem Verkaufspreisangaben. Auf dieser Liste der zuzahlungsfreien Hörsysteme einerseits finden sich zu jedem der darin aufgeführten Hörgerätemodelle zwei Preisangaben: Ein Geräteverkaufspreis mit und ohne Dienstleistung. Bereits die als Übertitel verwendeten Bezeichnungen („Preis Gerät ohne DL-Pauschale“ resp. „Preis Gerät mit DL-Pauschale [monaurale Vers.]“) machen klar, dass dem Gerätepreis jeweils eine Dienstleistungspauschale (für eine monaurale Versorgung) hinzuaddiert wird. Diese entspricht jeweils den gemäss anwendbarem Hörgerätetarif für die jeweilige Stufe ausgerichteten Pauschalen. Zum Beispiel wird zum Gerätepreis eines vom Hersteller in die Stufe 1 eingeteilten Modells jeweils die für die medizinische Indikationsstufe 1/monaurale Versorgung anwendbare Dienstleistungspauschale (also Fr. 970.- exkl. Mehrwertsteuer) addiert. Nicht nur die Dienstleistungskomponente entstammt betragsmässig dem Hörgerätetarif, sondern auch der Geräteverkaufspreis: Seit Inkrafttreten des Tarifvertrags-2006 am 1. Juli 2006 (und damit seitdem separate Listen geführt werden) entspricht der Gerätepreis auf der veröffentlichten Liste der zuzahlungsfreien Hörsysteme jeweils dem für die jeweilige Stufe anwendbaren Tarifpreis, es finden sich somit auf der Liste nur drei unterschiedliche Gerätepreise: 600

---

<sup>112</sup> Siehe oben Rz 14 und Tabelle 1.

<sup>113</sup> Bis zum 1. Juli 2006 wurden die Hörgeräte der (Geräte-)Stufen 1 bis 3 von den Sozialversicherungen bei entsprechender medizinischer Indikation grundsätzlich vollständig übernommen; es handelte sich somit bei ihnen allesamt um zuzahlungsfreie Hörgeräte in dem Sinne, als dass die angegebenen Preise ohne Anpassung die für die jeweilige Stufe geltenden Gerätepauschalen gemäss Tarif nicht überschritten. Hörgeräte der (Geräte-)Stufe 4 wurden aufgrund ihrer Ausführung und ihrer höheren Preise von den Sozialversicherungen nur (entsprechend des auf die einzelnen Personen aufgrund der medizinischen Indikation anwendbaren Pauschalbetrags gemäss Tarifvertrag) zum Teil vergütet; die versicherte Person hat den über den tariflich festgelegten Pauschalbetrag liegenden Kostenanteil zu übernehmen. Bei den Stufe-4-Hörgeräten handelte es sich somit in jedem Fall um sog. zuzahlungspflichtige Geräte. Seit Inkrafttreten des Tarifvertrags-2006 (und einer Senkung der Gerätetarife) verläuft die Trennlinie zwischen zuzahlungsfreien und zuzahlungspflichtigen Hörgeräten nicht mehr entlang der Grenze zwischen Gerätestufen 3 und 4, finden sich doch seit 1. Juli 2006 auf der Liste der zuzahlungspflichtigen Hörsystemen auch Geräte der Stufen 1 bis 3. Geräte der Stufe 4 sind weiterhin in jedem Fall zuzahlungspflichtig.

<sup>114</sup> Die in der Hörgeräteliste aufgeführte Tarifposition „64.11“ dient nur der Einstufung der Geräte und entspricht keiner Tarifposition der Hörgerätetarife. Unter der Tarifposition „65.11“ sind auf der Liste der zuzahlungspflichtigen Hörsysteme (und vor der Führung von zwei separaten Listen auch auf der einzigen Hörgeräteliste) zudem Zubehörgeräte (v.a. Fernbedienungen) verschiedener Hersteller aufgeführt. Gemäss Tarifvertrag wird von den Sozialversicherungen unter dieser Tarifposition hingegen die monaurale (einseitige) Versorgung mit Noiser-Geräten zur Tinnitus-Behandlung abgegolten.

Franken für Geräte der Stufe 1, 825 Franken für Geräte der Stufe 2 und 1'050 Franken für Geräte der Stufe 3.<sup>115</sup>

116. Auf der Liste der zuzahlungspflichtigen Hörgeräte andererseits fand sich bis Ende 2009 eine Preisinformation unter der Bezeichnung „empfohlener VP mit DL-Pauschale (monaurale Versorgung)“. Dieser empfohlene Verkaufspreis entsprach in Analogie zur Berechnungsweise auf der Liste der zuzahlungsfreien Hörsysteme einer Addition aus einem Gerätepreis (hier: Listenpreis des Herstellers zuzüglich einer rechnerischen Akustikermarge<sup>116</sup>) und einer Dienstleistungspauschale gemäss Hörgerätetarif. Die addierte Dienstleistungspauschale entsprach dabei wiederum der Pauschale derjenigen Indikationsstufe, die zahlenmässig der vom Hersteller vorgegebenen Gerätestufe 1 bis 4 entspricht. Mangels eigener Dienstleistungspauschale wurde für Hörgeräte der Stufe 4 die Dienstleistungspauschale der medizinischen Indikationsstufe 3 verwendet.

117. Diese Preisangaben auf den beiden Hörgerätelisten sind als (Geräte-) Verkaufspreisempfehlungen der Hersteller zu werten<sup>117</sup>: Zwar wurden wohl die Entscheide, dass in den Hörgerätelisten empfohlene Verkaufspreise veröffentlicht werden und in welcher Form dieser Verkaufspreisempfehlung (Angabe eines Geräte- und/oder eines Gesamtpreises unter Einrechnung einer Dienstleistungspauschale für die monaurale Versorgung) publiziert werden von den Tarifparteien und damit ohne direkte Einwirkung der Hersteller getroffen. Es waren nach vorliegenden Informationen jedoch die Hersteller, welche die Höhe der empfohlenen Verkaufspreise für ihre Modelle im Einzelfall bestimmt haben, bevor sie an die 4S Treuhand gemeldet und auf den Listen für zuzahlungspflichtige Hörgeräte veröffentlicht wurden. Die Hersteller waren in der Festlegung der empfohlenen Geräteverkaufspreise nach vorliegenden Informationen zudem frei, konnten sie doch die beiden für die Berechnung der empfohlenen Verkaufspreise notwendigen Elemente autonom festlegt: Listenpreis und rechnerische Akustikermarge. Die empfohlenen Geräteverkaufspreise sind den Herstellern auch zuzurechnen, erscheint es doch unklar, gestützt auf welche rechtliche Grundlage die Hersteller dazu verpflichtet gewesen wären, an der Erstellung der Hörgerätelisten im Allgemeinen und bei der Berechnung der darin empfohlenen Verkaufspreise im Besonderen mitzuwirken.<sup>118</sup>

---

<sup>115</sup> Nimmt man die Hörgeräteliste mit Stand März 2006 zum Vergleich, zeigt sich zudem, dass die darauf angegebenen Gerätepreise der Geräte der Stufen 1 bis 3 nicht ausnahmslos dem damals gültigen Hörgerätetarif-1999 entsprachen, sondern die Gerätepreise auf der Hörgeräteliste zwar je nach Hersteller in unterschiedlichem Masse, aber oftmals tiefer als die Tarifpreise angesetzt wurden.

<sup>116</sup> Der Tarifvertrag-1999 basierte auf einer vom Preisüberwacher empfohlenen Akustikermarge von 29,44%. Mit Tarifvertrag-2006 wurde diese Marge durch eine vom BSV im Rahmen der Vertragsverhandlung vorgegebene, aber nicht im Vertrag fixierte (und gemäss Phonak für sie unverbindliche) Gerätemarge von Fr. 200.- ersetzt (siehe Schreiben von Phonak vom 29.3.2010, S. 5 f. und 21 f., welche zudem angibt, die Pauschale von Fr. 200.- nicht angewandt, sondern die Akustikermarge und somit die unverbindlichen Preisempfehlungen autonom berechnet zu haben).

<sup>117</sup> Auch wenn die Gerätepreise ohne Anpassung auf der Liste der zuzahlungspflichtigen Hörgeräte nicht gesondert ausgewiesen wurden, lässt sich aus dem auf diesen Listen angegebenen „empfohlener VP mit DL-Pauschale (monaurale Versorgung)“ ohne weiteres ein empfohlener Geräteverkaufspreis entnehmen, erfolgte doch die Anwendung der Dienstleistungspauschalen (zumindest für die Akustiker voraussehbar) durch die Hersteller starr entlang der Gerätestufen (vgl. dazu oben Rz 107 und Tabelle 9).

<sup>118</sup> Vgl. hingegen die Aussagen von Phonak („die Publikation dieser Empfohlenen Endverkaufspreise verlangte das BSV von den Herstellern ausdrücklich“; Schreiben von Phonak vom 29.3.2010, S. 5) und Siemens („Turnusmässig verlangte das BSV von den Herstellern, die Preise für die Geräte und die Preise für die Anpassungsdienstleistungen gemäss Tarifvertrag entsprechend der Indikationsstufe zu melden“; Schreiben von Siemens vom 12.3.2010, S. 3).

118. Auch wenn man die auf den Hörgerätelisten angegebenen Verkaufspreise nicht als Preisempfehlungen der Hersteller an die Akustiker verstehen würde, zum Beispiel weil sich die Hörgerätelisten nicht nur an die Akustiker, sondern wohl als Informationen insbesondere auch an die Hörbehinderten richten<sup>119</sup>, würde sich die Situation nicht grundlegend ändern, finden sich doch die Verkaufspreisempfehlungen unverändert auch auf den direkt an die Akustiker gerichteten Preislisten.

#### **B.4.1.2.2 Verkaufspreisempfehlungen auf den Preislisten der Hersteller**

119. Die im Rahmen der Vorabklärung befragten Hörgerätehersteller wurden gebeten, die an die Akustiker gerichteten Preislisten ihrer Modelle für die Jahre 2006 bis 2010 beizulegen. Eine Auswertung der eingereichten Preislisten ergab folgendes Bild:

120. Bis Ende 2009 fanden sich auf den Preislisten aller befragter Hersteller nebst der Angabe der Ex-Factory-Preise<sup>120</sup> auch Verkaufspreisempfehlungen. Dabei lässt sich feststellen, dass die Hersteller zwar (und in Übernahme der Logik der separaten Hörgerätelisten) die Modelle, die sie auf der Liste der zuzahlungsfreien Hörsysteme führen, auch auf ihren Preislisten als „zuzahlungsfrei“ markierten, ansonsten jedoch, was die Art der Verkaufspreisangaben auf ihren Preislisten betrifft, nicht zwischen diesen Kategorien unterschieden.<sup>121</sup> Die Preislisten enthielten für alle Modelle die Angabe eines empfohlenen Verkaufspreises unter Einrechnung einer Dienstleistungskomponente für eine monaurale Versorgung, also eine Verkaufspreisangabe, die zunächst einmal in der Form mit den empfohlenen Verkaufspreisen auf den Hörgerätelisten übereinstimmt. Es ist zu wiederholen, dass sich aufgrund der starren Vorgehensweise der Hersteller betreffend die Einrechnung von Dienstleistungspauschalen, unter diesen Preisangaben auf den Preislisten der Hersteller ohne weiteres ein empfohlener Geräteverkaufspreis ohne Anpassung verbirgt. Dasselbe gilt, wenn die Hersteller (zusätzlich) einen empfohlenen Verkaufspreis bei binauraler Versorgung angeben.<sup>122</sup> Alle befragten Hersteller (mit Ausnahme von Bernafon) wiesen diesen empfohlenen Geräteverkaufspreis ohne Anpassung jedoch auch explizit auf ihren Preislisten aus.<sup>123</sup>

121. Ein Vergleich der eingereichten Preislisten mit den Hörgerätelisten gemäss Ziffer 6.3 der Tarifverträge legt zudem den Schluss nahe, dass die Hersteller im Geltungszeitraum des Tarifvertrags-2006 (also vom 1. Juli 2006 bis zum 31. Dezember 2009) die (Geräte-)Verkaufspreisempfehlungen auf den Hörgerätelisten in unveränderter Höhe auf den eigenen Preislisten aufführten.<sup>124</sup> Da sowohl den Preislisten als auch den Hörgerätelisten nach vorlie-

---

<sup>119</sup> Der tatsächliche Einfluss der Preisangaben auf den Hörgerätelisten auf die Akustiker zeigt sich jedoch insbesondere in der Informationsbroschüre „Tarifvertrag 2010: Was Sie wissen müssen“ von «hörschweiz» an die Akustiker, enthält diese doch die Aussage: „*Bis anhin waren Sie sich gewohnt, BSV-Preislisten zu verwenden... Viele Akustiker haben sich an diese veröffentlichten Preise gehalten*“ (vgl. Schreiben von «hörschweiz» vom 9.2.2010, Beilage 24).

<sup>120</sup> Dort u.a. als „Listenpreis“, „Einkaufspreis“, „Preislistenpreis“, „Händler-Einkaufspreis“, „Nettopreis monaural“ bezeichnet.

<sup>121</sup> Teilweise wurde für die gleiche Art von Verkaufspreisangabe (wohl in Übernahme der Terminologie der Hörgerätelisten) jedoch eine leicht abweichende Bezeichnung verwendet, indem zum Beispiel bei als zuzahlungsfrei markierten Geräten von einem „Verkaufspreis monaural“ anstatt einem „Empf. Verkaufspreis monaural“ gesprochen wird (vgl. z.B. Preislisten Widex Juli 2007/2008/2009, in den Beilagen zum Schreiben vom 24.3.2010).

<sup>122</sup> Solche Angaben finden sich zumindest auf gewissen Preislisten aller befragten Hersteller mit Ausnahme von Phonak.

<sup>123</sup> Bei Siemens als „Verkaufspreis ohne Anpassung“ oder „Preis ohne Anpassung“ jedoch nur bis April 2009 und bei GN ReSound unter der Bezeichnung „Preis Gerät ohne DLP“ erst seit der Preisliste mit Datum vom 17.7.08.

<sup>124</sup> Generelle Abweichungen in der Höhe der Verkaufspreisempfehlungen, also Abweichungen, die sich nicht im Einzelfall durch unterschiedliche Aktualisierungszeitpunkte von Hörgeräte- und Preisliste

genden Informationen jeweils derselbe empfohlene Geräteverkaufspreis der Hersteller zugrunde liegt, kann nachfolgend (insbesondere bezüglich der Frage, ob diese von den Akustikern tatsächlich eingehalten wurden) auf eine Unterscheidung der Quelle der (Geräte-)Verkaufspreisempfehlung verzichtet werden.

#### B.4.1.2.3 Befolungsgrad

122. Ein Element, welches auf das Vorliegen einer Abrede hinweisen kann, ist die Anzahl Adressaten, welche die Empfehlung grundsätzlich einhalten.<sup>125</sup> In ihrer bisherigen Praxis im Rahmen horizontaler Abreden hat die WEKO konkrete Empfehlungen, welche von 81% und 74% der Empfehlungsempfänger befolgt wurden, als abgestimmte Verhaltensweise qualifiziert.<sup>126</sup>

123. Die befragten Akustiker wurden insbesondere gebeten, ihren Antworten Kopien der letzten zehn Rechnungen betreffend den Verkauf von Hörgeräten der Stufe 4 und der letzten zehn Rechnungen von Hörgeräten der Stufen 1 bis 3 beizulegen. Das Resultat der Auswertung der Informationen, die anlässlich der Stichprobe im Kanton Bern erhoben wurden, lässt sich in etwa wie folgt darstellen:

**Tabelle 12: Auswertung der Rechnungsdaten der Akustiker - Zusammenfassung**

	Absolute Zahlen	In %	In % gewichtet <sup>127</sup>
<b>Ausgewertete Rechnungen</b>	346	100,0%	
<b>Brauchbare Rechnungen</b>	265	76,6%	
<b>davon, verkaufte Geräte</b>			
<b>ohne Differenz zur uPE</b>	185	69,8%	66,4%
<b>mit Differenz zur uPE</b>	80	30,2%	33,6%
<b>mit unterschiedlicher IS</b>	157	59,2%	
<b>davon, Rechnungen</b>			
<b>mit Rabatt (inkl. Stereorabatt)</b>	79	29,8%	33,9%
<b>mit Rabatt (ohne Stereorabatt)</b>	42	15,8%	15,7%
<b>Mit vollständiger Rückerstattung der Kosten</b>	8	3,0%	
<b>ohne Rückerstattung seitens IV oder AHV</b>	23	8,7%	

Quelle: Rechnungskopien der Akustiker. Berechnungen: Sekretariat.

Legende: **uPE** (unverbindliche Preisempfehlungen); **IS** (Indikationsstufe); **Stereoabatt** (Rabatt für den Kauf von zwei Geräten).

124. Aufgrund der eingereichten Rechnungen (für welche grösstenteils die vor Ende 2009 gemachten Preisempfehlungen massgebend sein dürften) lassen sich in etwa die folgenden Aussagen zur Einhaltung der empfohlenen Geräteverkaufspreise machen:

125. In über 65% der insgesamt 265 Rechnungen, aus denen die dem Endkunden in Rechnung gestellten Preise ersichtlich sind, haben die Akustiker die empfohlenen Gerätever-

---

ergeben, sind auch nicht zu erwarten, ist doch nicht ersichtlich, welchen Sinn die Bekanntgabe unterschiedlicher Verkaufspreisempfehlungen aus Sicht der Hersteller machen würde.

<sup>125</sup> Vgl. auch Ziff. 15 Abs. 3 Bst. d VertBek, wonach der Umstand, dass die Preisempfehlungen tatsächlich von einem bedeutenden Teil der Wiederverkäufer oder Händler befolgt werden, Anlass geben kann eine Preisempfehlung aufzugreifen.

<sup>126</sup> RPW 2010/4, 662 Rz 111, *Hors-Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra*, m.w.H.

<sup>127</sup> Unter Berücksichtigung der erwirtschafteten Umsätzen der einzelnen Akustiker.

kaufpreise des jeweiligen Herstellers eingehalten, das heisst, der in Rechnung gestellte Geräteverkaufspreis entsprach der Preisempfehlung des Herstellers oder – sofern der Gerätepreis vom Akustiker nicht gesondert ausgewiesen wurde – der in Rechnung gestellte Endverkaufspreis (inkl. Dienstleistung) entsprach der Summe von empfohlenem Geräteverkaufspreis und stufenbezogener Dienstleistungspauschale.

126. Diese Zahlen können wohl zumindest ansatzweise auch auf die Einhaltung der Preisempfehlung der einzelnen Hersteller übertragen werden, als sich gezeigt hat, dass die festgestellte Einhaltungquote massgeblich von der Preissetzungspolitik des jeweiligen Akustikers abzuhängen scheint und eher nicht oder nur in untergeordnetem Masse von der Marke der verkauften Hörgeräte. So gehen einzelne (wenige) Akustiker generell von anderen Preisen aus oder gewähren generell einen Rabatt auf den empfohlenen Verkaufspreis.<sup>128</sup> Andere Akustiker wiederum scheinen nie von den Verkaufspreisempfehlungen abzuweichen. Dieses heterogene Bild scheint sich durch Aussagen der Branchenverbände zu bestätigen. So lässt sich dem Informationsblatt „Tarifvertrag 2010: Was Sie wissen müssen“ von «hörenschiweiz», der Kommunikationsplattform von HSM, HZV und AKUSTIKA, die (an die Akustiker gerichtete) Aussage entnehmen: „Bis anhin waren Sie sich gewohnt, BSV-Preislisten zu verwenden. Diese Preislisten wurden für zuzahlungsfreie wie zuzahlungspflichtige Hörgeräte erstellt. Viele Akustiker haben sich an diese veröffentlichten Preise gehalten“ und „Sie müssen also Ihre Preise selber berechnen. Manche Unternehmen machen das schon seit Jahren, für andere ist diese Situation neu“.<sup>129</sup>

127. Es bestehen insgesamt und bezogen auf die einzelnen Hersteller somit Anzeichen dafür, dass die empfohlenen Geräteverkaufspreise (zumindest bis Ende 2009) von einem bedeutenden Teil der Wiederverkäufer oder Händler befolgt wurden. Im Folgenden ist zu prüfen, ob zusätzliche Elemente vorliegen, die auf eine Verhaltensabstimmung hinweisen könnten.

#### **B.4.1.2.4 Interessenlage der beteiligten Unternehmen**

128. Zur Beantwortung der Frage, ob Preisempfehlungen eine abgestimmte Verhaltensweise darstellen oder nicht, können weitere Kriterien herangezogen werden. Ein solches Kriterium bildet der Umstand, dass die Preisempfehlungen mit der Ausübung von Druck oder der Gewährung spezifischer Anreize verbunden sind.<sup>130</sup> Als weiteres Kriterium wird in der Lehre ausgeführt, dass Preisempfehlungen, welche der Hersteller völlig einseitig und ohne Anregung von Seiten seiner Abnehmer abgibt, eher gegen eine Abstimmung des Verhaltens sprechen. Umgekehrt sind Empfehlungen eines Herstellers, welche auf Anregung gewisser Abnehmer erfolgen, tendenziell abgestimmte Verhaltensweisen.<sup>131</sup>

129. Entsprechend dürfte es bei Preisempfehlungen, welche der Hersteller ausschliesslich in seinem Interesse abgibt, weil er vermeiden möchte, dass seine Produkte auf der Handelsstufe zu unterschiedlichen Preisen angeboten werden, an der Koordination fehlen. Bei Preisempfehlungen hingegen, die auch oder sogar überwiegend im Interesse der Empfehlungsempfänger abgegeben werden, liegt eine Abstimmung der Verhaltensweise nahe.<sup>132</sup>

---

<sup>128</sup> So z.B. die Optima Hörberatung AG, welche bei allen eingereichten Rechnungen mit Ausnahme von einer einzigen abweichende Preise verwendete, oder die Fielmann AG, welche generell unter der Bezeichnung „Fielmann-Rabatt“ einen Preisabschlag [...] auf den vom Kunden selbst zu bezahlenden Anteil des Kaufpreises gewährte (vgl. Schreiben der Fielmann AG vom 11.3.2010, S. 3).

<sup>129</sup> Schreiben von «hörenschiweiz» vom 9.2.2010, Beilage 24.

<sup>130</sup> RPW 2010/4, 665 Rz 134, *Hors-Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra*.

<sup>131</sup> RPW 2010/4, 665 Rz 134, *Hors-Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra*, m.w.H.

<sup>132</sup> RPW 2010/4, 665 Rz 135, *Hors-Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra*.

130. Aufgrund der im Rahmen der Vorabklärung erhobenen Informationen bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass die Hersteller betreffend die Einhaltung der Preisempfehlungen Druck auf die Akustiker ausgeübt oder Anreize zur Einhaltung geschaffen hätten. Phonak führt explizit aus, sie habe zu keinem Zeitpunkt Druck auf die Akustiker ausgeübt oder Anreize dafür geschaffen, die (zuzahlungspflichtigen) Hörsysteme zur unverbindlichen Preisempfehlung oder zum empfohlenen Endverkaufspreis gemäss BSV-Hörgeräteliste zu verkaufen.<sup>133</sup> Sie habe zudem keine Kenntnisse darüber, wie die Akustiker den effektiven Endverkaufspreis gestalten und habe sich dafür auch nie interessiert.<sup>134</sup> Siemens führt aus, die Festlegung des Verkaufspreises bei der Abgabe der Geräte an die Kunden sei ausschliesslich Sache des Akustikers, die Preisempfehlungen seien bloss eine unverbindliche Richtgrösse.<sup>135</sup> GN ReSound macht ebenfalls geltend, die aufgeführten Preisempfehlungen seien unverbindlich. GN ReSound kontrolliere weder, ob die Preisempfehlungen eingehalten würden, noch übe GN ReSound auf die Akustiker Druck aus oder gewähre diesen Anreize, die Preisempfehlungen einzuhalten.<sup>136</sup> Ansonsten fehlen diesbezüglich klare Aussagen der Hersteller. Dass der Druck zur Angabe von Preisempfehlungen hingegen von Seiten der Akustiker ausgehen könnte, erscheint nicht ausgeschlossen, ist doch insbesondere die Angabe von Preisen auf den Hörgerätelisten wohl das Ergebnis der Tarifverhandlungen, an welchen auch die Akustikerverbände HZV und AKUSTIKA beteiligt sind. Die Preisempfehlungen dürften denn auch überwiegend im Interesse der Akustiker sein. Dass der Verzicht auf die Angabe eines empfohlenen Verkaufspreises für zuzahlungspflichtige Hörgeräte in den Verhandlungen zu Tarifvertrag-2010 gerade von Seiten der Akustiker-Verbände (bzw. der Hörgerätebranche) gefordert wurde, spricht nicht zwangsläufig gegen Druck oder ein starkes Interesse von Seiten der Akustiker an Preisempfehlungen, machen doch seit Anfang 2010 die meisten Hersteller weiterhin Preisempfehlungen.<sup>137</sup> Insgesamt bestehen nach den vorliegenden Informationen keine eindeutigen Hinweise, die auf die Ausübung von Druck oder die Gewährung von Anreizen durch Hersteller oder Akustiker hindeuten würden.

#### **B.4.1.2.5 Weitere Kriterien**

131. Abschliessend ist in diesem Zusammenhang noch die Form der Publikation der Verkaufspreisempfehlungen zu untersuchen. Ziffer 15 VertBek erwähnt den Umstand, dass Preisempfehlungen in nicht allgemein zugänglicher Weise abgegeben werden, sondern nur an die Wiederverkäufer oder Händler (Bst. a) sowie den Umstand, dass Preisempfehlungen nicht ausdrücklich als unverbindlich bezeichnet werden (Bst. b).

132. Was den Zeitraum bis Ende 2009 betrifft, erscheinen die Geräteverkaufspreisempfehlungen der Hersteller für alle von ihnen angebotenen Hörgerätemodelle wohl als allgemein zugänglich, wurden sie doch explizit (auf der Liste der zuzahlungsfreien Hörsysteme) oder zumindest in der Form eines empfohlenen Verkaufspreises inklusive monaurale Dienstleistungspauschale (auf der Liste der zuzahlungspflichtigen Hörsysteme) in regelmässigen Abständen auf der Webseite von ZMT veröffentlicht. Es erscheint unerheblich, ob daneben auch die Preislisten der jeweiligen Hersteller öffentlich oder nur den Akustikern zugänglich waren<sup>138</sup>, basieren die Preisempfehlungen doch auf den gleichen empfohlenen Geräteverkaufspreisen.

---

<sup>133</sup> Schreiben von Phonak vom 29.3.2010, S. 22.

<sup>134</sup> Schreiben von Phonak vom 29.3.2010, S. 5 und 8.

<sup>135</sup> Schreiben von Siemens vom 12.3.2010, S. 7.

<sup>136</sup> Schreiben von GN ReSound vom 15.3.2010, S. 7.

<sup>137</sup> Vgl. dazu unten Rz 175 ff.

<sup>138</sup> Vgl. diesbezüglich z.B. die von Siemens eingereichten Preislisten des Zeitraums zwischen Februar 2007 und April 2009, welche im Impressum jeweils explizit als „interne Preisliste für die Schweizer Siemens Partner“ bezeichnet wurden.

133. Auf den Hörgerätelisten werden die Verkaufspreisempfehlungen bis Ende 2009 unter den Rubriken „Preis Gerät ohne DL-Pauschale“ beziehungsweise „Preis Gerät mit DL-Pauschale (monaurale Vers.)“ respektive „empfohlener VP mit DL-Pauschale (monaurale Versorgung)“ aufgeführt und somit nicht ausdrücklich als unverbindlich bezeichnet. Diese Überschriften sind jedoch wohl eine Vorgabe der Tarifparteien, auf welche die Hersteller keinen direkten Einfluss haben dürften, weshalb sie möglicherweise im Hinblick auf die Beantwortung der Frage, ob Anhaltspunkte für vertikale Preisabreden zwischen Herstellern und Akustikern bestehen, ausser Acht zu lassen sind. Bezüglich der Preislisten der Hersteller zeigt sich folgendes Bild:

134. Betrachtet man den Zeitraum von 2006 bis Ende 2009 so lässt sich feststellen, dass einzig Phonak und Siemens die empfohlenen Verkaufspreise als unverbindlich bezeichneten, dies jedoch zum ersten Mal auf ihren Preislisten gültig ab 1. November 2009 (Phonak) beziehungsweise 1. Dezember 2009 (Siemens). Weiter zeigt sich generell auf den eingereichten Preislisten aller befragten Hersteller seit 2006, dass nur diejenigen Preisempfehlungen, die sowohl Gerätepreis als auch eine Dienstleistungspauschale beinhalten, überhaupt als „empfohlene Preise“ bezeichnet werden. Diese Art von Verkaufspreisangaben finden sich seit Juli 2006 jedoch – wohl in Verwendung der Terminologie der Hörgerätelisten – durchwegs in Verbindung mit dem Wortbestandteil „empfohlen“.<sup>139</sup> Insbesondere darin zeigt sich wohl der starke Einfluss der Hörgerätelisten auf die Gestaltung der Preislisten. Soweit die Hersteller jedoch auch Wiederverkaufspreise der Hörgeräte ohne Anpassungsdienstleistung angeben, werden diese hingegen als „Preis Gerät ohne DL-Pauschale“ beziehungsweise „Preis ohne Anpassung“ (Phonak), „Preis ohne Anpassung monaural“ (Oticon), „Preis ohne Anpassung“ (Widex) „Preis Gerät ohne DLP“ (GN ReSound) bezeichnet.<sup>140</sup>

135. Es zeigt sich somit, dass bis Ende 2009 die Preisempfehlungen weder auf den Hörgerätelisten noch auf den Preislisten der Hersteller explizit als unverbindlich bezeichnet wurden.<sup>141</sup> Zudem werden die Preise nicht durchgängig überhaupt als empfohlene Preise bezeichnet. Das Kriterium der fehlenden Unverbindlichkeit (Ziff. 15 Abs. 3 Bst. b VertBek) ist somit wahrscheinlich erfüllt.

#### **B.4.1.3 Zwischenergebnis**

136. Die Tatsache, dass die befragten Hersteller gegenüber den Akustikern Verkaufspreisempfehlungen auf den Hörgeräte- und den Preislisten bekanntgeben und diese Verkaufspreisempfehlungen wohl (zumindest bis Ende 2009) tatsächlich von einem bedeutenden Teil der Akustiker befolgt wurden, deutet auf ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken von Herstellern und ihren Verkaufsstellen hin, welches die Beschränkung des Intra-brand-Preiswettbewerbs auf Endabnehmerstufe bezweckt und eine solche Beschränkung möglicherweise auch tatsächlich bewirkt. Für eine abgestimmte Verhaltensweisen spricht zudem die Tatsache, dass bis Ende 2009 die Preisempfehlungen der Hersteller weder explizit als unverbindlich noch überhaupt durchgängig als empfohlene Preise bezeichnet wurden. Weitere Elemente wären im Rahmen einer allfälligen Untersuchung vertieft zu prüfen.

137. Es bestehen Anhaltspunkte dafür, dass die Angabe von Verkaufspreisempfehlungen betreffend Hörgeräte aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen verschiedener Marktstufen im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG darstellen.

---

<sup>139</sup> Siemens verweist in den Preislisten gültig ab Anfang April bzw. September 2009 explizit auf die Hörgerätelisten und die dort verwendete Terminologie: „empfohlener Verkaufspreis inkl. Dienstleistungspauschale für monaurale Versorgung gemäss BSV-Liste April [bzw. Juli] 2009“.

<sup>140</sup> Auf den von Bernafon eingereichten Preislisten findet sich eine solche Preisangabe nur in der Preisliste „2006/1“, dort unter der Bezeichnung „Listenpreis“.

<sup>141</sup> Vgl. betreffend Phonak und Siemens oben Rz 134.

## **B.4.2 Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs**

138. Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird gemäss Artikel 5 Absatz 4 KG insbesondere vermutet bei Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen über Mindest- oder Festpreise. Gemäss Ziffer 10 Absatz 3 VertBek umfasst Artikel 5 Absatz 4 KG insbesondere auch in Empfehlungsform gekleidete Abreden, die auf einer Vereinbarung oder einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise beruhen und eine Festsetzung von Mindest- oder Festpreisen bezwecken oder bewirken.

139. Die Auswertung der Rechnungsdaten, die anlässlich der im Kanton Bern durchgeführten Stichprobe erhoben wurden, zeigt, dass die Verkaufspreisempfehlungen in über 65% der Fälle eingehalten wurden. Es bestehen somit Anhaltspunkte, dass sich die Verkaufspreisempfehlungen wie Fixpreise auswirken. Vorliegend ist somit davon auszugehen, dass die allfälligen Wettbewerbsabreden zwischen Hörgeräteherstellern und Akustikern über die Verkaufspreise der von ihnen produzierten beziehungsweise vertriebenen Hörgeräte den wirksamen Wettbewerb gemäss Artikel 5 Absatz 4 KG vermutungsweise beseitigen.

### **B.4.2.1 Umstossung der gesetzlichen Vermutung**

140. Gemäss Ziffer 11 VertBek ist für die Widerlegung der Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs eine Gesamtbetrachtung des Marktes unter Berücksichtigung des Intra- und Interbrand-Wettbewerbs massgebend. Ausschlaggebend ist, ob genügend Intra- oder Interbrand-Wettbewerb auf dem relevanten Markt besteht oder die Kombination der beiden zu genügend wirksamem Wettbewerb führt.

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

### **B.4.2.2 Relevanter Markt**

#### **B.4.2.2.1 Sachlich relevanter Markt**

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

143. Da vorliegend abgestimmte Verhaltensweisen betreffend Endverkaufspreise von Hörgeräten zur Diskussion stehen, sind die Nachfrager nach Hörgeräten, somit die Hörbehinderten, als massgebliche Marktgegenseite anzusehen.

144. Ein Hörgerät, also ein elektronisches Gerät zur Verstärkung und Übertragung der Schallwellen an das Ohr, dient der möglichst vollständigen Ausgleichung des Hörverlusts bei Schwerhörigkeit. Andere Produkte oder Dienstleistungen, welche dieses Ziel auf eine andere Art, jedoch in gleichem Umfang erreichen und somit aus Sicht der Hörbehinderten ein Substitut darstellen könnten, sind aufgrund der vorliegenden Erkenntnis nicht ersichtlich. Der sachliche Markt kann somit als Markt für Hörgeräte definiert werden.

145. Innerhalb der Gruppe der (digitalen<sup>142</sup>) Hörgeräte müssen möglicherweise unterschiedliche Märkte unterscheiden werden: Die von den Akustikern abgegebenen Hörgeräte sind

---

<sup>142</sup> Nach den vorliegenden Erkenntnissen ist davon auszugehen, dass die Umstellung auf digitale Hörgeräte abgeschlossen und keine analogen Geräte mehr erhältlich sind, weshalb auf die Frage deren gegenseitiger Substituierbarkeit nicht eingegangen werden muss.

wohl aus Sicht der Hörbehinderten insbesondere von elektronischen Hörhilfen abzugrenzen, deren Anwendung einen medizinischen Eingriff erfordern (z.B. implantierte oder knochenverankerte Hörgeräte).

146. Auch die Wahl des Hörgeräts beim Akustiker<sup>143</sup> dürfte im Einzelfall von vielen Faktoren abhängen (z.B. Hörversorgungsbedarf, Preis bzw. Höhe der Kostenübernahme durch die Versicherung, Grösse und Aussehen des Geräts, Bedienungskomfort, subjektiv erlebter Hörkomfort beim Probetragen etc.). Es kann vorliegend im Rahmen der Vorabklärung offengelassen werden, ob und inwiefern aus Sicht der Hörbehinderten verschiedene Hörgeräte hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden und ob innerhalb des Marktes für Hörgeräte weitere Submärkte definiert werden müssen, zumal aufgrund der vorliegenden Informationen (auch bezüglich der Frage der Verkaufspreisempfehlungen) nicht von unterschiedlichen Marktverhältnissen etwa bezüglich Hörgeräten verschiedener Stufen oder Bauformen<sup>144</sup> auszugehen ist. So führen doch einerseits sowohl Hersteller als auch Akustiker Hörgeräte sämtlicher Stufen und verschiedener Bauformen in ihrem Sortiment und andererseits beziehen sich die dargestellten Verkaufspreisempfehlungen der Hersteller unterschiedslos auf alle Hörgeräte.

147. Es ist aufgrund der grossen Bedeutung der Kostenübernahme durch Versicherer (insbesondere die obligatorische Invalidenversicherung) und der grossen Anzahl von auf den Hörgerätelisten geführten Hörgeräten nicht davon auszugehen, dass in der Schweiz<sup>145</sup> Hörgeräte verkauft werden, die nicht den Anforderungen der Tarifverträge für eine Kostenübernahme entsprechen, also z.B. Hörgeräte, die nicht von METAS homologiert wurden oder für welche kein einwandfreier Kunden- und Reparaturdienst durch eine Vertretung in der Schweiz gewährleistet ist.<sup>146</sup> Aufgrund fehlender Kostenübernahme wären solche Geräte aus Sicht der Hörbehinderten jedoch wohl nicht austauschbar.

#### **B.4.2.2.2 Räumlich relevanter Markt**

148. Der räumlich relevante Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlich relevanten Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 lit. b VKU, hier analog anzuwenden).

149. Aufgrund der Bedeutung der Dienstleistungskomponente beim Verkauf von Hörgeräten durch Akustiker (mehrere Konsultationen in relativ kurzem Zeitraum im Rahmen der vergleichenden Anpassung und die endgültige Programmierung des schlussendlich ausgewählten Hörgeräts sowie Inanspruchnahme von weiteren Serviceleistungen nach dem Kauf des Geräts) ist zu vermuten, dass die Hörbehinderten die Hörgeräte – wenn immer möglich – bei einem Akustiker in der Nähe ihres Wohn- oder Arbeitsortes nachfragen. Diese Vermutung scheint sich auch durch die Adressangaben auf den von den Akustikern eingereichten Rechnungen zu bestätigen.

150. Die bisherigen Untersuchungen haben jedoch keine Anhaltspunkte ergeben, die bezogen auf den sachlich relevanten Markt auf unterschiedliche Wettbewerbsverhältnisse in den einzelnen Regionen oder Kantonen der Schweiz schliessen lassen würden, zumal die Abgabe von Hörgeräten durch Akustiker massgeblich durch die gesamtschweizerischen Tarifver-

---

<sup>143</sup> Nach den vorliegenden Erkenntnissen werden gegenwärtig in der Schweiz Hörgeräte einzig über Akustiker vertrieben. So gaben alle im Rahmen der Vorabklärung befragten Hersteller auf die Frage, wie ihre Hörgeräte in der Schweiz vertrieben werden, an, direkt Akustiker zu beliefern. Die Vertriebskette der Hörgeräte dieser Hersteller lässt sich somit wie folgt beschreiben: Hersteller – Akustiker – Endkunde.

<sup>144</sup> Betreffend die verschiedenen Bauformen von Hörgeräten vgl. oben Fn 55.

<sup>145</sup> Vgl. für die räumliche Marktabgrenzung unten B.4.2.2.2, Rz 148 ff.

<sup>146</sup> Vgl. Ziff. 6.3 der Tarifverträge.

träge (und Sozialversicherungsgesetzgebung) beeinflusst wird. Vorliegend ist somit davon auszugehen, dass der räumlich relevante Markt zumindest durch das Gebiet der Schweizerischen Eidgenossenschaft gebildet wird.

151. Aufgrund der im Rahmen der Vorabklärung getroffenen Abklärungen ist unklar, ob Hörbehinderte mit Wohnort in der Schweiz ihre Hörgeräte zudem im grenznahen Ausland beziehen. Dies erscheint zumindest dann eher unwahrscheinlich, wenn die Geltendmachung eines an sich bestehenden Anspruchs gegenüber einer am Tarifvertrag beteiligten Sozialversicherung durch einen Bezug des Hörgerätes im Ausland erschwert oder gar verunmöglicht würde. Gemäss Ziffer 4.2 der Tarifverträge verpflichten sich die Versicherer unter anderem „soweit es die gesetzlichen Bestimmungen zulassen, keine Nicht-Vertragslieferanten im Rahmen der durch diesen Vertrag erfassten Leistungen zu entgelten“. Auf der Liste finden sich neben 480 Akustikerfachgeschäften mit Adressen in der Schweiz einzig drei Akustiker aus dem Fürstentum Liechtenstein.<sup>147</sup>

152. Der räumlich relevante Markt wird vorliegend somit durch das Staatsgebiet der Schweiz gebildet.

#### **B.4.2.2.3 Zwischenergebnis**

153. Es ist für die nachfolgende Betrachtung von einem schweizerischen Markt für Hörgeräte auszugehen.

#### **B.4.2.3 Beurteilung der Wettbewerbssituation**

154. Geht man wie vorliegend davon aus, dass die gestützt auf die im Kanton Bern durchgeführte Stichprobe erhobenen Zahlen zumindest ansatzweise auch auf die Einhaltung der Preisempfehlungen der einzelnen Hersteller übertragen werden können, so bestehen Anzeichen, dass die Preisempfehlungen in etwas weniger als 35% der Fälle nicht eingehalten werden.<sup>148</sup> Da zudem Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Befolgung oder Nichtbefolgung der Empfehlungen massgeblich von der Preissetzungspolitik des jeweiligen Akustikers abzuhängen scheint<sup>149</sup>, ist vorliegend davon auszugehen, dass, weil die Verkaufspreisempfehlungen der jeweiligen Hersteller somit scheinbar nicht von allen ihren Verkaufsstellen eingehalten werden, Intra- und Interbrand-Wettbewerb betreffend die Endverkaufspreise von Hörgeräten besteht.

155. Zudem ist gestützt auf die im Rahmen der Vorabklärung erhobenen Informationen davon auszugehen, dass auf Endkundenstufe Interbrand-Wettbewerb besteht, dies sogar In-Shop, da die meisten Akustiker wohl Hörgeräte von mehreren Herstellern vertreiben. Bezüglich der Intensität des Interbrand-Wettbewerbs ist jedoch zu berücksichtigen, dass alle befragten Hersteller Preisempfehlungen abgeben.

#### **B.4.2.4 Zwischenergebnis**

156. Vorliegend ist sowohl von verbleibendem Intra- als auch Interbrand-Wettbewerb auf Endverkaufsstufe von Hörgeräten auszugehen. Es bestehen somit Anhaltspunkte dafür, dass die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung gemäss Artikel 5 Absatz 4 KG umgestossen werden kann.

---

<sup>147</sup> Vgl. Liste der zugelassenen Akustikergeschäfte (Fn 41), Stand per 27.1.2011.

<sup>148</sup> Vgl. dazu und zum Nachfolgenden oben Rz 125 f.

<sup>149</sup> Vgl. oben Rz 126.

### **B.4.3 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs**

157. Da nach den vorliegenden Erkenntnissen nicht von einer wettbewerbsbeseitigenden Wirkung der allfälligen vertikalen Preisabreden zwischen Herstellern und Akustikern auszugehen ist, stellt sich die Frage, ob durch diese möglichen Abreden der Wettbewerb im Sinne von Artikel 5 Absatz 1 KG erheblich beeinträchtigt wird.

158. Gemäss Ziffer 12 Absatz 1 VertBek sind bei der Prüfung der Frage, ob eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung im Sinne von Artikel 5 Absatz 1 KG vorliegt, sowohl qualitative wie auch quantitative Kriterien zu berücksichtigen. Die Abwägung dieser beiden Kriterien erfolgt einzelfallweise in einer Gesamtbeurteilung. Dabei kann eine qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigung trotz quantitativ geringfügiger Auswirkungen erheblich sein. Umgekehrt kann eine Beeinträchtigung mit quantitativ beträchtlichen Auswirkungen den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen, auch wenn sie qualitativ nicht schwerwiegend ist.

#### **B.4.3.1 Qualitativ erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs**

159. Preisempfehlungen werden dann als qualitativ schwerwiegend betrachtet, wenn sich diese infolge der Ausübung von Druck oder der Gewährung von Anreizen durch eines der beteiligten Unternehmen tatsächlich wie Fest- oder Mindestverkaufspreise auswirken (Ziff. 15 Abs. 2 VertBek mit Verweis auf Ziff. 12 Abs. 2 Bst. a VertBek).

160. Wie bereits erwähnt, bestehen nach den vorliegenden Informationen keine Hinweise, die auf die Ausübung von Druck oder die Gewährung von Anreizen durch Hersteller oder Akustiker hindeuten würden.<sup>150</sup> Bei den allfälligen Wettbewerbsabreden zwischen Hörgerätheterstellern und Akustikern über die Verkaufspreise der von ihnen produzierten beziehungsweise vertriebenen Hörgeräte handelt es sich somit nach vorliegenden Erkenntnissen nicht um qualitativ schwerwiegende Abreden im Sinne von Ziffer 15 Absatz 2 respektive Ziffer 12 Absatz 2 Buchstabe a VertBek.

#### **B.4.3.2 Quantitativ erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs**

161. Es stellt sich weiter die Frage nach der quantitativen Beeinträchtigung des Wettbewerbs der allfälligen vertikalen Wettbewerbsabreden auf den relevanten Markt. Da vorliegend keine Anzeichen für eine qualitative schwerwiegende Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Sinne Ziffer 12 Absatz 2 Buchstabe a VertBek vorliegen, ist zunächst somit zu prüfen, ob die möglichen Abreden zwischen Herstellern und Akustikern bereits aufgrund der Marktanteilsschwellen von Ziffer 13 VertBek (zumindest vermutungsweise) unerhebliche Auswirkungen auf den Wettbewerb auf dem relevanten Markt zeitigen.

162. Vertikale Wettbewerbsabreden, welche nicht unter Ziffer 12 Absatz 2 Buchstaben a bis e VertBek fallen, führen in der Regel nicht zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs, wenn kein an der Abrede beteiligtes Unternehmen auf einem von der Abrede betroffenen relevanten Markt einen Marktanteil von 15% überschreitet (Ziff. 13 Abs. 1 VertBek). Wenn der Wettbewerb auf dem relevanten Markt durch die kumulativen Auswirkungen mehrerer gleichartiger, nebeneinander bestehender vertikaler Vertriebsnetze beschränkt wird, wird die in Ziffer 13 Absatz 1 genannte Marktanteilsschwelle auf 5% herabgesetzt. In der Regel liegt kein kumulativer Abschottungseffekt vor, wenn weniger als 30% des relevanten Marktes von gleichartigen, nebeneinander bestehenden vertikalen Vertriebsnetzen abgedeckt werden (Ziff. 13 Abs. 2 VertBek).

---

<sup>150</sup> Vgl. oben Rz 130.

163. Da gestützt auf die vorliegenden Informationen davon auszugehen ist, dass bis Ende 2009 sämtliche Hersteller Verkaufspreisempfehlungen erliessen und somit aufgrund der gleichartigen, nebeneinander bestehenden Vertriebsnetze von einem kumulativen Abschottungseffekt auszugehen ist, ist vorliegend die tiefere Marktanteilsschwelle von 5% massgebend.<sup>151</sup> Nimmt man die Marktanteile der Hersteller gestützt auf ihren Gesamtumsatz im Bereich Hörgeräte zum Massstab, zeigt sich, dass die Abreden unter Beteiligung der Hersteller Bernafon (Marktanteile zwischen 2006 und 2009 von [0-5] bis [0-5]%) und GN ReSound seit 2009 (Marktanteil: [0-5]%) zumindest vermutungsweise nur zu unerheblichen Wettbewerbsbeschränkungen führen dürften.<sup>152</sup>

164. Insgesamt ist jedoch aufgrund der Tatsache, dass bis Ende 2009 sämtliche Hersteller Preisempfehlungen herausgaben und diese gemäss den vorliegenden Informationen in über 65% der Fälle eingehalten wurden, vorliegend davon auszugehen, dass sich die einzelnen möglichen Abreden quantitativ schwerwiegend auf den Wettbewerb auf dem relevanten Markt auswirken.

#### **B.4.3.3 Zwischenergebnis**

165. Nach den vorliegenden Informationen ist vorliegend zwar mangels Druckausübung oder Vorteilsgewährung durch die Hersteller nicht von einer qualitativ schwerwiegenden Wettbewerbsbeeinträchtigung gemäss Ziffer 15 Absatz 2 VertBek, jedoch von einer schwerwiegenden quantitativen Auswirkung der allfälligen Abreden auszugehen. Es bestehen insgesamt somit Anzeichen für eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs.

#### **B.4.4 Keine Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz**

166. Eine erhebliche Beschränkung wirksamen Wettbewerbs ist grundsätzlich unzulässig, ausser sie ist aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt (Art. 5 Abs. 1 und 2 KG). Es stellt sich somit weiter die Frage, ob Anzeichen dafür bestehen, dass diese allfälligen Wettbewerbsabreden durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden können.

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

168. Gemäss Ziffer 16 Absatz 2 VertBek gelten Abreden in der Regel ohne Einzelfallprüfung als gerechtfertigt, wenn der Anteil des Anbieters an dem relevanten Markt, auf dem er die Vertragswaren oder -dienstleistungen anbietet, und der Anteil des Abnehmers an dem relevanten Markt, auf dem er die Vertragswaren und -dienstleistungen bezieht, jeweils nicht mehr als 30% beträgt. Davon ausgenommen sind Abreden nach Ziffer 12 Absatz 2 und Abreden, die sich mit anderen kumulativ auf den Markt auswirken und den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen. Dabei handelt es sich um eine Art summarische Effizienzprüfung aufgrund der Marktanteilsschwellen, welche auf der Vorstellung basiert, dass bei tiefen Marktanteilen

---

<sup>151</sup> Vgl. Ziff. 13 Abs. 2 VertBek.

<sup>152</sup> Vgl. jedoch zur Frage, ob es sich beim Hersteller Bernafon um ein Unternehmen i.S. von Art. 2 KG handelt oder ob (unter Einbezug von Oticon) von einem Konzernverhältnis auszugehen ist, oben Rz 36.

teilen (unter 30%) davon ausgegangen werden kann, dass die positiven Effekte einer Abrede die negativen überwiegen.

169. Vorliegend kommt diese Rechtfertigung aufgrund tiefer Marktanteile jedoch nicht zur Anwendung, setzt diese doch insbesondere voraus, dass keine Abrede vorliegt, die sich zusammen mit anderen kumulativ auf den Markt auswirkt und den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt. Betreffend die vorliegenden allfälligen Abreden über die Festlegung von Verkaufspreisen ist dies jedoch der Fall. Es ist deshalb im Einzelfall zu prüfen, ob die allfälligen Abreden betreffend Hörgeräteverkaufspreise durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gemäss Artikel 5 Absatz 2 Buchstabe a KG gerechtfertigt werden können.<sup>153</sup>

170. Ziffer 16 Absatz 4 VertBek enthält einen (nicht abschliessenden) Katalog von Gründen, welche Unternehmen – in Zusammenhang mit vertikalen Abreden – im Rahmen der Rechtfertigungsprüfung von Artikel 5 Absatz 2 Buchstabe a KG geltend machen können. Die genannten Beispiele lassen sich wie folgt einordnen<sup>154</sup>:

171. Wettbewerbsabreden sind durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie notwendig sind, um

- Herstellungs- und Vertriebskosten zu senken, wie zum Beispiel:
  - Schutz vertragsspezifischer Investitionen, die ausserhalb der Geschäftsbeziehung nicht oder nur mit hohem Verlust verwendet werden können (Hold-up Problem; Ziff. 16 Abs. 4 Bst. c VertBek);
  - Förderung der Übertragung von wesentlichem Know-how (Ziff. 16 Abs. 4 Bst. f VertBek);
- Produkte oder Produktionsverfahren (oder Vertriebssysteme und -verfahren) zu verbessern, wie zum Beispiel:
  - Zeitlich begrenzter Schutz von Investitionen für die Erschliessung neuer räumlicher Märkte oder neuer Produktmärkte (Ziff. 16 Abs. 4 Bst. a VertBek);
  - Sicherung der Einheitlichkeit und Qualität der Vertragsprodukte (Ziff. 16 Abs. 4 Bst. b VertBek);
  - Vermeidung von ineffizient tiefen Verkaufsförderungsmassnahmen (z.B. Beratungsdienstleistungen), die resultieren können, wenn ein Hersteller oder Händler von den Verkaufsförderungsbemühungen eines anderen Herstellers oder Händlers profitieren kann (Trittbrettfahrerproblem; Ziff. 16 Abs. 4 Bst. d VertBek);
  - Vermeidung eines doppelten Preisaufschlags, der sich ergeben kann, wenn sowohl der Hersteller als auch der Händler über Marktmacht verfügen (Problem der doppelten Marginalisierung; Ziff. 16 Abs. 4 Bst. e VertBek);
  - Die Sicherung von finanziellen Engagements (z.B. Darlehen), die durch den Kapitalmarkt nicht zur Verfügung gestellt werden (Ziff. 16 Abs. 4 Bst. g Vert-BM);
- Forschung oder Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern, wie zum Beispiel:

---

<sup>153</sup> Vgl. dazu auch Ziff. 16 Abs. 3 VertBek.

<sup>154</sup> Vgl. RPW 2010/4, 680 f. Rz 244, *Hors-Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra*, noch mit Bezug auf die Bekanntmachung der WEKO vom 2.7.2007 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden.

- Förderung der Übertragung von wesentlichem Know-how (Ziff. 16 Abs. 4 Bst. f Vert-Bek);
- Ressourcen rationeller zu nützen.

172. Zur Rechtfertigung genügt, dass einer der genannten Gründe gegeben ist. Für die Rechtfertigung ist überdies vorausgesetzt, dass die Wettbewerbsabreden zur Erreichung des Effizienzziels notwendig sind und die beteiligten Unternehmen nicht die Möglichkeit haben, den wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.

173. Weder die Hörgerätehersteller noch die Akustiker haben sich zum jetzigen Zeitpunkt zum Vorliegen möglicher Rechtfertigungsgründe geäußert. Es sind auf den ersten Blick aufgrund der vorliegenden Informationen auch keine Rechtfertigungsgründe ersichtlich.<sup>155</sup> Die allfälligen Wettbewerbsabreden der Hörgerätehersteller und Akustiker betreffend die Endverkaufspreise von Hörgeräten können somit wohl nicht aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gemäss Artikel 5 Absatz 2 KG gerechtfertigt werden.

#### B.4.5 Fazit

174. Es bestehen Anhaltspunkte dafür, dass zwischen den Hörgeräteherstellern und den Akustikern zumindest bis Ende 2009 unzulässige vertikale Abreden über Preise im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 5 Absatz 4 KG mittels Verkaufspreisempfehlungen vorliegen.

#### B.4.6 Situation seit Anfang 2010 und Weiterführung des Verfahrens

175. Was insbesondere den Verkauf von Hörgeräten an Endkunden betrifft, haben sich mit Inkrafttreten des Tarifvertrags-2010 per 1. Januar 2010 zwei grundlegende Änderungen ergeben. Einerseits wurden die Tarife für die Abgabe von Hörgeräten massgeblich gesenkt: je Gerät werden nur noch Pauschalen in der Höhe von 425 Franken (Indikationsstufe 1), 560 Franken (Indikationsstufe 2) respektive 695 Franken (Indikationsstufe 3) ausgerichtet.<sup>156</sup> Andererseits werden auf den Listen der zuzahlungspflichtigen Hörgeräte seit Anfang 2010 keinerlei Preisangaben mehr aufgeführt. Die Listen sehen in ihrem Aufbau neu wie folgt aus<sup>157</sup>:

**Tabelle 13: Aufbau der Liste der zuzahlungspflichtigen Hörsysteme (seit 1.1.2010)**

Tarpos	Artikelcode	Artikelcode neu	Fabrikat	Lieferant	Modell	Bauf.	MetasNr
61.11	97.20.60	H33.20.0010	Bernaфон	Bernaфон	Win 202	ldO	215-05808
62.11	97.20.79	H33.20.0028	Bernaфон	Bernaфон	PRIО 202 VC	ldO	259-06454
63.11	97.20.70	H23.20.0047	Bernaфон	Bernaфон	ICOS 205 DM VC	ldO	259-06082
64.11		H22.20.0065	Bernaфон	Bernaфон	Veras VR7 N	microHdO	259-08140

Quelle: Liste der zuzahlungspflichtigen Hörgeräte Stand Juli 2010. Auswahl: Sekretariat.

176. Der Verzicht auf die während langer Zeit praktizierte Angabe eines empfohlenen Verkaufspreises für zuzahlungspflichtige Hörgeräte wurde nach vorliegenden Informationen in den Verhandlungen zum Tarifvertrag-2010 (u.a. mit dem Hinweis auf möglicherweise fehlen-

<sup>155</sup> Vgl. zur Frage von möglichen Rechtfertigungsgründen im Zusammenhang mit der Angabe von Verkaufspreisempfehlungen RPW 2010/4, 680 ff. Rz 239 ff., *Hors-Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra*.

<sup>156</sup> Tarife anwendbar auf IV, MV und UV. Im Bereich der AHV wird weiterhin nur 75% dieser Pauschalen ausgerichtet. Vgl. Ziff. 4 und 5 im Anhang 1 zum Tarifvertrag-2010.

<sup>157</sup> Als Beispielinhalt wird je ein Modell der Stufen 1 bis 4 des Herstellers Bernaфон aufgeführt.

de Kartellrechtskonformität) von den Akustiker-Verbänden gefordert.<sup>158</sup> Sie konnten sich in diesem Punkt schlussendlich gegen das BSV durchsetzen.<sup>159</sup>

177. Gleichzeitig und wohl in direktem Zusammenhang mit den beschriebenen Neuerungen des Tarifvertrags-2010 lässt sich generell auch eine Anpassung der Preislisten der Hersteller feststellen. Ab dem 1. Januar 2010 präsentiert sich die Situation gestützt auf die von den Herstellern eingereichten Dokumente wie folgt: Bernafon und Oticon verzichten auf ihren Preislisten vollständig auf die Angabe von Verkaufspreisempfehlungen; auch für die von ihnen als „zuzahlungsfrei“ bezeichneten Hörgeräte sind nur noch Ex-Factory-Preise aufgeführt. Hingegen enthalten die Preislisten von Phonak, Widex, GN ReSound und Siemens auch nach diesem Datum weiterhin Verkaufspreisempfehlungen für Hörgeräte, wobei es sich (mit Ausnahme von GN ReSound bezüglich der als zuzahlungsfrei bezeichneten Geräte) jeweils nur noch um empfohlene Verkaufspreise für das Hörgerät ohne Anpassung handelt.<sup>160</sup> Zudem werden die empfohlenen Verkaufspreise von den Herstellern vermehrt explizit als unverbindlich bezeichnet.<sup>161</sup>

178. Es kann aufgrund der vorliegenden Informationen (insbesondere dem Datum der eingereichten Rechnungen) noch keine Aussage darüber gemacht werden, welche Auswirkungen die Tatsache, dass seit Anfang 2010 auf Preisangaben auf der Liste der zuzahlungsfreien Hörsysteme verzichtet wird, auf die Preissetzung der Akustiker gehabt hat. Es ist jedoch davon auszugehen, dass diese Neuerung (wohl insbesondere auch zusammen mit der geführten Informationskampagne von «hörschweiz») zu vermehrtem Preiswettbewerb zwischen den Akustikern führen wird, sich die Endverkaufspreise der jeweiligen Akustiker in Zukunft vermehrt voneinander unterscheiden dürften, zumal auch die Hersteller auf die Angabe von Preisempfehlungen auf ihren Preislisten verzichtet oder diese zumindest angepasst haben (Verzicht auf Einrechnung einer Dienstleistungspauschale). Zudem dürften die Hörbehinderten selbst vermehrt die Preise vergleichen und auf günstigere Preise pochen<sup>162</sup>, zumal keine „offiziellen“ Preise auf den veröffentlichten Hörgerätelisten mehr existieren, die möglicherweise zumindest von einzelnen Hörbehinderten allenfalls für mehr als nur unverbindliche Empfehlungen gehalten wurden.<sup>163</sup> Dass die Möglichkeit, Preise zu vergleichen, in der Praxis

---

<sup>158</sup> Vgl. zu den Vertragsverhandlungen u.a. das Schreiben von «hörschweiz» vom 9.2.2010, S. 6.

<sup>159</sup> Vgl. diesbezüglich insbesondere das Schreiben des BSV an den Präsidenten von AKUSTIKA vom 25.6.2009, Beilage 17 zum Schreiben von «hörschweiz» vom 9.2.2010).

<sup>160</sup> Bezüglich der Hörgeräte von Siemens gilt zu beachten, dass auf der Preisliste der unter der Marke „Siemens“ vertriebenen Geräte vom 1.12.2009 neben dem Listenpreis auch ein „Verkaufspreis Hörsystem (unverbindliche Preisempfehlung)“ aufgeführt ist. Die Preisliste vom selben Datum für die Geräte der Marke Rexton, unter welcher Siemens seit Dezember 2009 ihre „zuzahlungsfreien“ Geräte vertreibt, enthält hingegen nur Listenpreise.

<sup>161</sup> Neben Phonak und Siemens, welche beide ihre Verkaufspreisempfehlungen bereits seit November resp. Dezember 2009 explizit als unverbindlich bezeichneten, macht nun seit Anfang 2010 ebenso GN ReSound auf die Unverbindlichkeit aufmerksam, mit Ausnahme der als zuzahlungsfrei bezeichneten Geräte, wo die der Hörgeräteliste analoge Bezeichnung "Verkaufspreis mit DL-Pauschale (monaurale Version)" verwendet wird. Hingegen führt Widex auf der Akustiker-Preisliste „Januar 2010“ den empfohlenen Geräteverkaufspreis (als wie bereits erwähnt einzige Wiederverkaufspreisempfehlung) unter dem Titel „empfohlener Verkaufspreis“ auf, ohne ihn explizit als unverbindlich zu bezeichnen. Bernafon und Oticon machen seit Anfang 2010 in ihren Preislisten wie erwähnt keinerlei Verkaufspreisempfehlungen.

<sup>162</sup> Dies sofern es sich nicht um ein im Einzelfall zuzahlungsfreies Gerät handelt, ansonsten hat der Kunde wohl keine finanziellen Anreize einen tieferen Preis, der ihm nicht direkt zu Gute kommt, zu verlangen.

<sup>163</sup> So lässt sich dem Newsletter November 2009 von «hörschweiz» folgende Passage entnehmen: *„Bei den Hörgeräten, für welche die Kunden eine Zuzahlung leisten müssen, wird es hingegen ab 2010 keine amtliche, vom BSV kontrollierte Preisliste mehr geben... Für Sie als Kundin oder Kunde ist*

grundsätzlich besteht, zeigen wohl die Empfehlungen von «hörschweiz» an die Akustiker, gegenüber den Kunden Transparenz bei den Preisen zu schaffen und Offerten auszustellen.<sup>164</sup> Inwiefern diese Möglichkeit (zumindest was den Preisvergleich bezüglich eines ganz bestimmten Hörgerätemodells und nicht des allgemeinen Preisniveaus eines Akustikers betrifft) in der Praxis dadurch erschwert wird, dass sich die Wahl eines bestimmten Modells wohl erst nach der vergleichenden Anpassung (und somit nach der Beratung durch den Akustiker) verfestigt und nach diesem Zeitpunkt ein Wechsel des Akustikers nicht oder nur unter erschwerten Bedingungen erfolgt, muss vorliegend offen gelassen werden, wird aber Gegenstand einer allfälligen Untersuchung sein.

179. Weiter ist darauf hinzuweisen, dass möglicherweise bereits in naher Zukunft im Bereich der Hörmittelversorgung eine nicht zuletzt von den Sozialversicherungen angestrebte, grundlegende Änderung des staatlichen Abgabesystems ansteht: Mit Pressemitteilung vom 17. Dezember 2010 liess das BSV verlauten, „der heute geltende Tarifvertrag mit den Akustikerverbänden wird gekündigt“. Hörgeräte würden in der IV und der AHV in Zukunft pauschal vergütet, wobei die Pauschalbeträge (die Pressemitteilung nannte als mögliche Beträge Fr. 840.- für ein Hörgerät und Fr. 1'650.- für deren zwei) direkt den Versicherten ausbezahlt würden, was nach Meinung des BSV mehr Selbstverantwortung und Entscheidungsfreiheit der Versicherten bedeute. Zudem erhofft sich das BSV durch diese Massnahme, die Wettbewerb in die Hörgeräte-Versorgung bringe, tiefere Preise und weitere Einsparungen für die Sozialversicherungen. Das neue Pauschalssystem trete voraussichtlich auf den 1. Juli 2011 in Kraft.<sup>165</sup>

180. Als Alternative steht im Rahmen der 6. IV-Revision immer noch die Schaffung einer gesetzlichen Grundlage für die Hilfsmittelbeschaffung durch Durchführung eines Vergabeverfahrens zur Diskussion.<sup>166</sup> Als Bestandteil des ersten Massnahmenpakets wird dies gegenwärtig im Parlament beraten und sowohl vom Stände- als auch vom Nationalrat im Grundsatz gutgeheissen.<sup>167</sup> Ein erster Versuch des BSV, selber Hörgeräte per Ausschreibungsverfahren zu beschaffen, wurde mangels genügender gesetzlicher Grundlage und mit Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts vom 13. Februar 2009<sup>168</sup> gestoppt.

181. Sowohl die mit Inkrafttreten des Tarifvertrags-2010 per Anfang 2010 bereits eingetretenen Änderungen (Senkung der Gerätepauschalen sowie Verzicht auf Angabe von Preisempfehlungen auf der Liste der zuzahlungspflichtigen Hörsysteme und die wohl damit verbundene Anpassung der Preislisten der Hersteller) als auch eine möglicherweise in naher Zukunft anstehende, grundlegende Änderung des staatlichen Abgabesystems im Bereich

---

*das eine Chance: So können Sie im Markt Preise und Leistungen vergleichen und wählen was Ihnen entspricht“ (Beilage 23 zum Schreiben vom 9.2.2010).*

<sup>164</sup> Vgl. Schreiben von «hörschweiz» vom 9.2.2010, Beilage 24.

<sup>165</sup> Pressemitteilung des BSV vom 17.12.2010, abrufbar unter: <<http://www.bsv.admin.ch/themen/iv/aktuell/01340/index.html?lang=de&msg-id=36863>> (8.2.2011).

<sup>166</sup> Art. 21<sup>quater</sup> E-IVG lautet gemäss Entwurf des Bundesrates dabei wie folgt: „Für die Abgabe von ganz oder teilweise durch die Versicherung finanzierten Hilfsmitteln und für damit zusammenhängende Dienstleistungen stehen dem Bundesrat die folgenden Instrumente zur Verfügung: a. Festsetzung von Pauschalbeträgen; b. Aushandlung von Tarifverträgen mit Leistungserbringern wie Abgabestellen, Herstellern, Grossisten oder Detailhändlern; c. Festsetzung von Höchstbeträgen für die Kostenübernahme; und d. Vergabeverfahren nach dem Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen“ (siehe Botschaft vom 24. Februar zur Änderung des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung [6. IV-Revision, erstes Massnahmenpaket], Entwurf, BBl 2010 1941, 1945).

<sup>167</sup> Nachdem der Ständerat noch dem Entwurf des Bundesrats gefolgt war (vgl. Amtliches Bulletin der Bundesversammlung [AB] 2010 S 655 ff.), fügte der Nationalrat einen Abs. 2 zu Art. 21<sup>quater</sup> E-IVG hinzu, wonach der Bundesrat Vergabeverfahren nach Abs. 1 Bst. d nach Prüfung der Anwendung der Instrumente gemäss den Bst. a bis c anwendet.

<sup>168</sup> BVG 2009/17.

IV/AHV (mögliche Kündigung der Tarifverträge durch das BSV und Ausrichtung von Pauschalbeträgen direkt an Hörbehinderte resp. staatliche Beschaffung von Hörgeräten per Ausschreibungsverfahren) dürften sehr grosse Auswirkungen auf den Verkauf von Hörgeräten durch die Akustiker im Allgemeinen und ihre Preissetzung im Besonderen haben. Es wird jedoch wohl eine gewisse Zeit dauern, bis sich die Auswirkungen der veränderten Rahmenbedingungen auf den Markt für Hörgeräte beobachten lassen.

182. Trotz Vorliegen von Anzeichen für unzulässige vertikale Preisabreden mittels Verkaufspreisempfehlungen auf dem Markt für Hörgeräte entscheidet das Sekretariat im Einvernehmen mit dem Präsidium, zum gegenwärtigen Zeitpunkt keine Untersuchung nach Artikel 27 KG zu eröffnen. Die Vorabklärung „22-0387 Markt für Hörgeräte“ wird weitergeführt. Diese Weiterführung erlaubt, die Marktverhältnisse betreffend den Verkauf von Hörgeräten weiterhin abzuklären und eine Entscheidung über die Eröffnung einer Untersuchung unter Berücksichtigung der Auswirkungen der veränderten Rahmenbedingungen zu fällen.

## **C Vorläufige Schlussfolgerungen**

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

1. stellt fest, dass für die Periode 2006–2009 Anhaltspunkte dafür bestehen, dass eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt;
2. beschliesst, das Vorabklärungsverfahren „22-0387 Markt für Hörgeräte“ weiterzuführen, um die Auswirkungen der veränderten Rahmenbedingungen für die Eröffnung einer Untersuchung zu berücksichtigen.
3. legt den Hörgeräteherstellern, den im Rahmen der Vorabklärung befragten Akustikern, «hörschweiz», *pro audito* und dem BSV den Zwischenbericht vor.

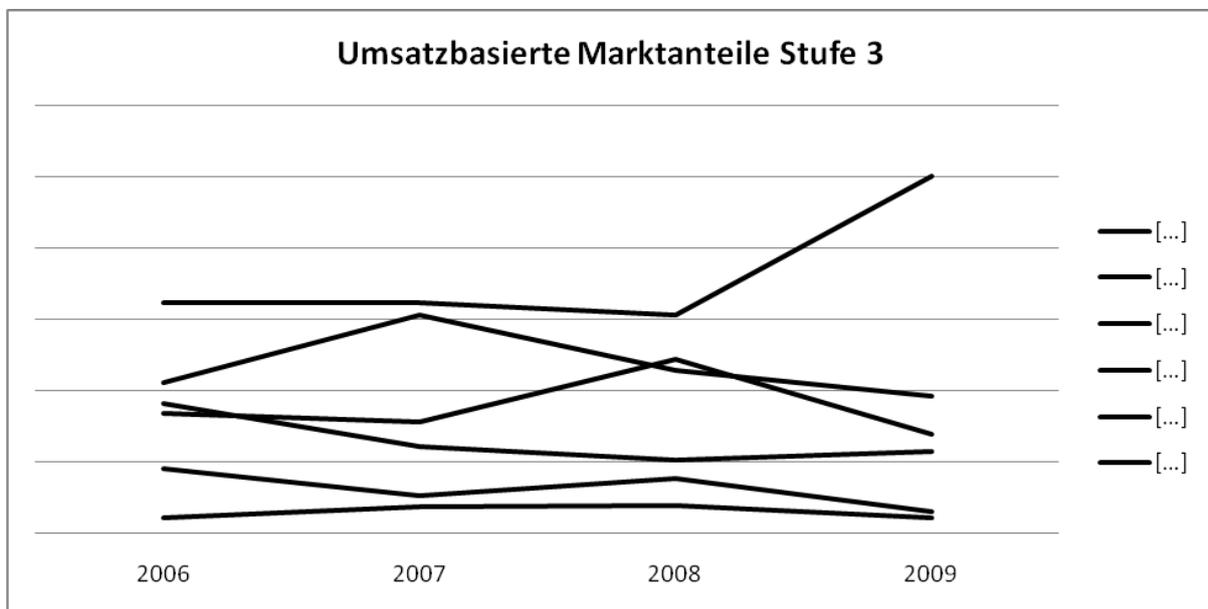
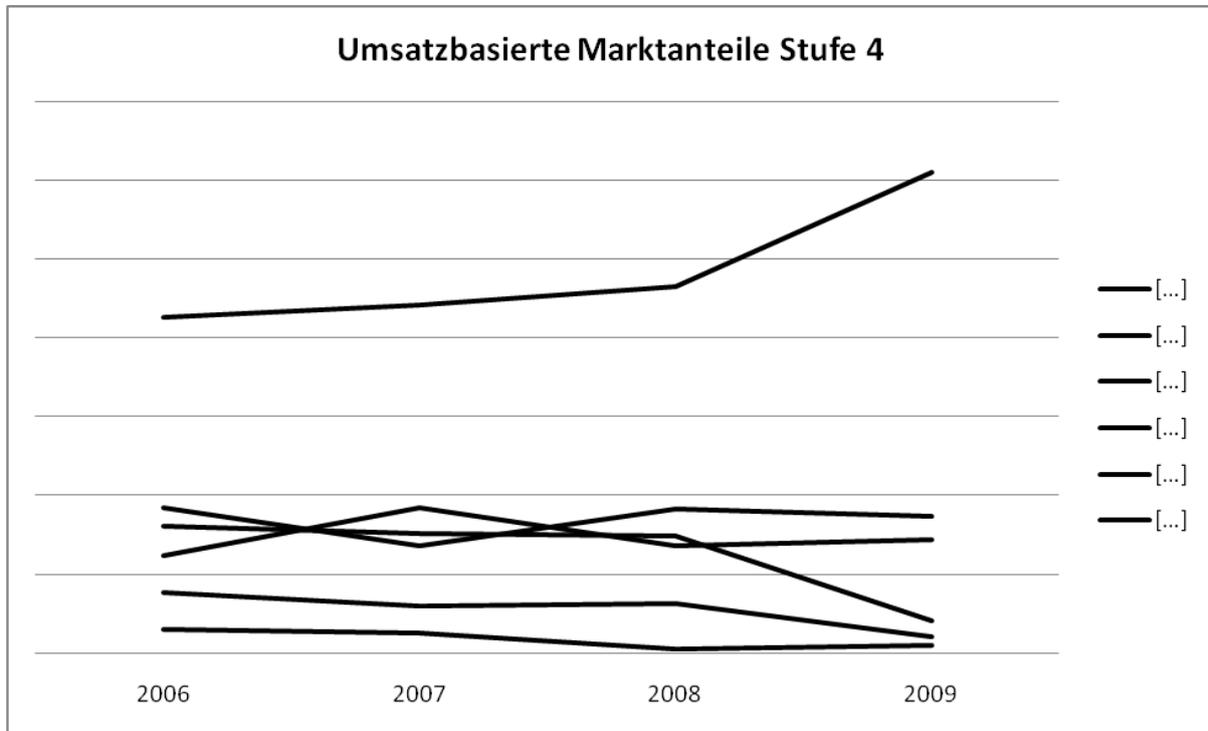
Wettbewerbskommission Sekretariat

Dr. Olivier Schaller  
Vizedirektor

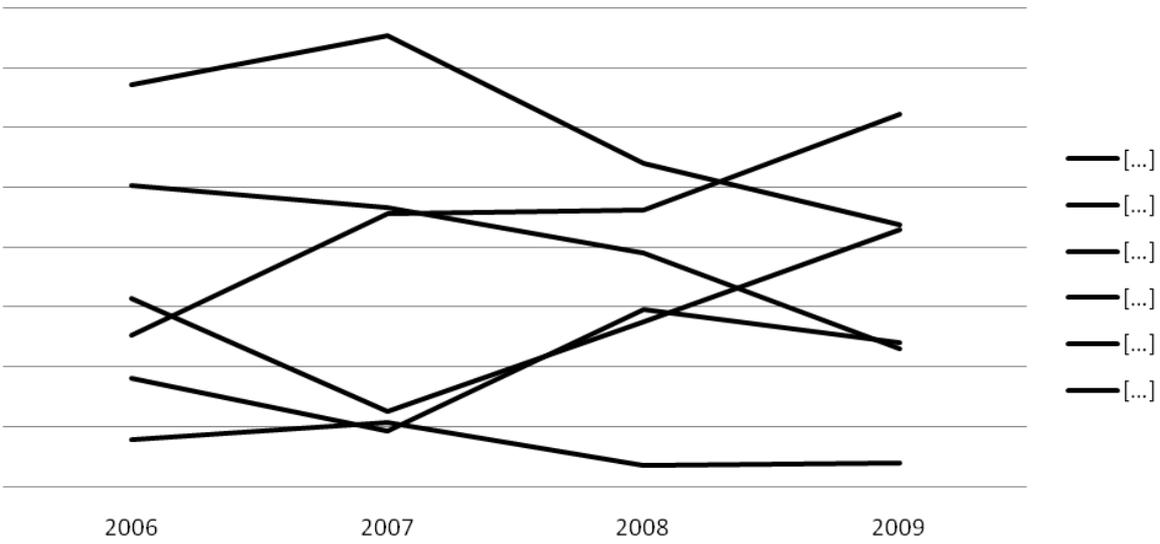
Reto Sabel, Rechtsanwalt  
Wissenschaftlicher Mitarbeiter

Kopie an: Präsidium

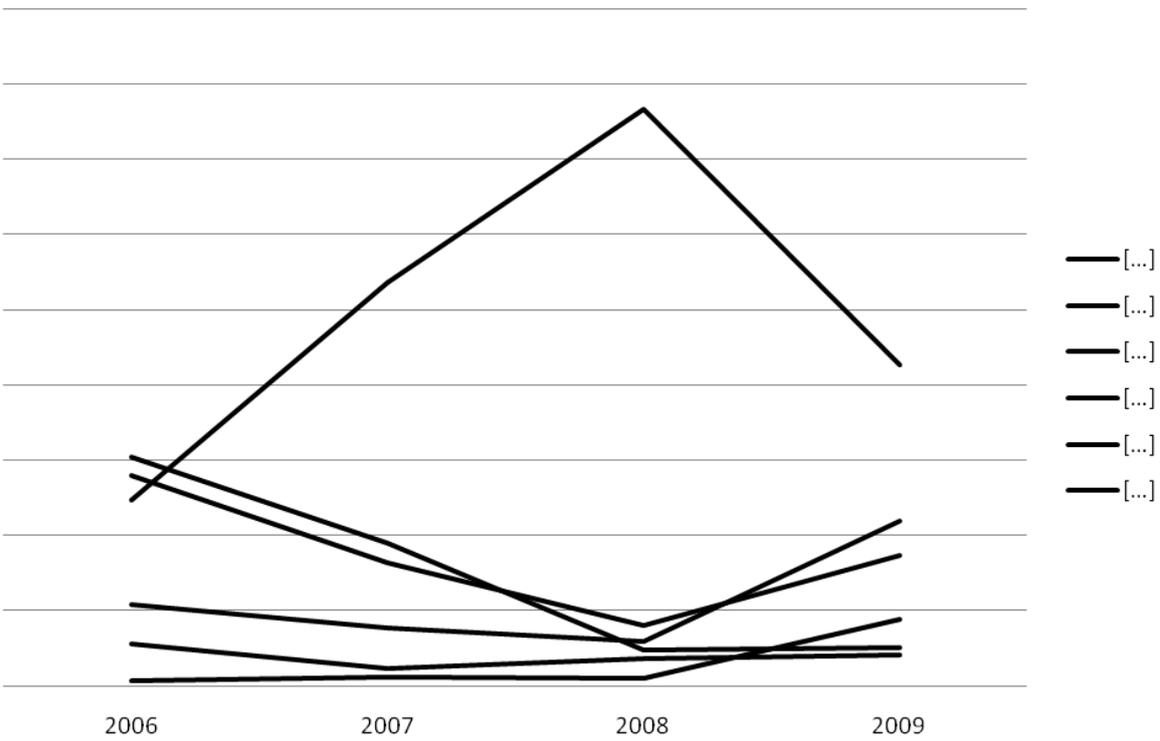
## Anhang 1: Entwicklung Marktanteile



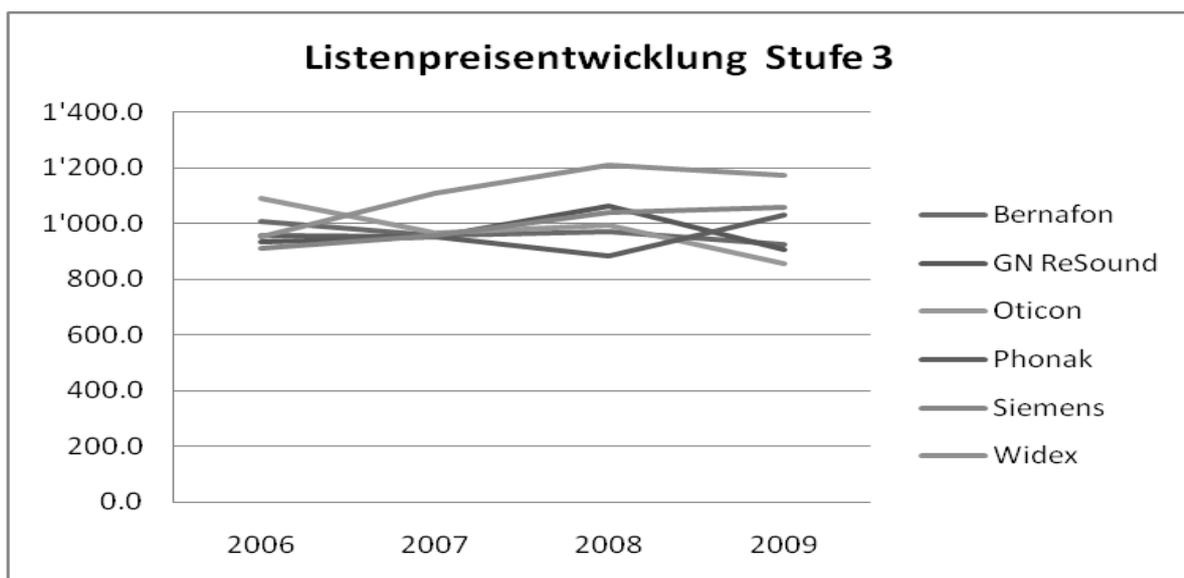
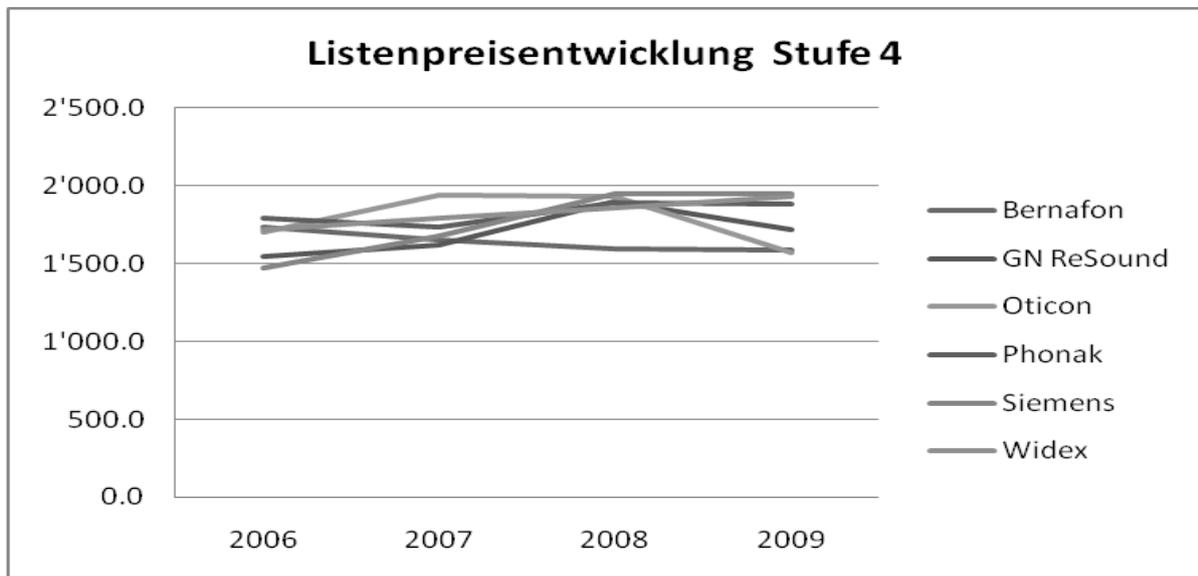
### Umsatzbasierte Marktanteile Stufe 2

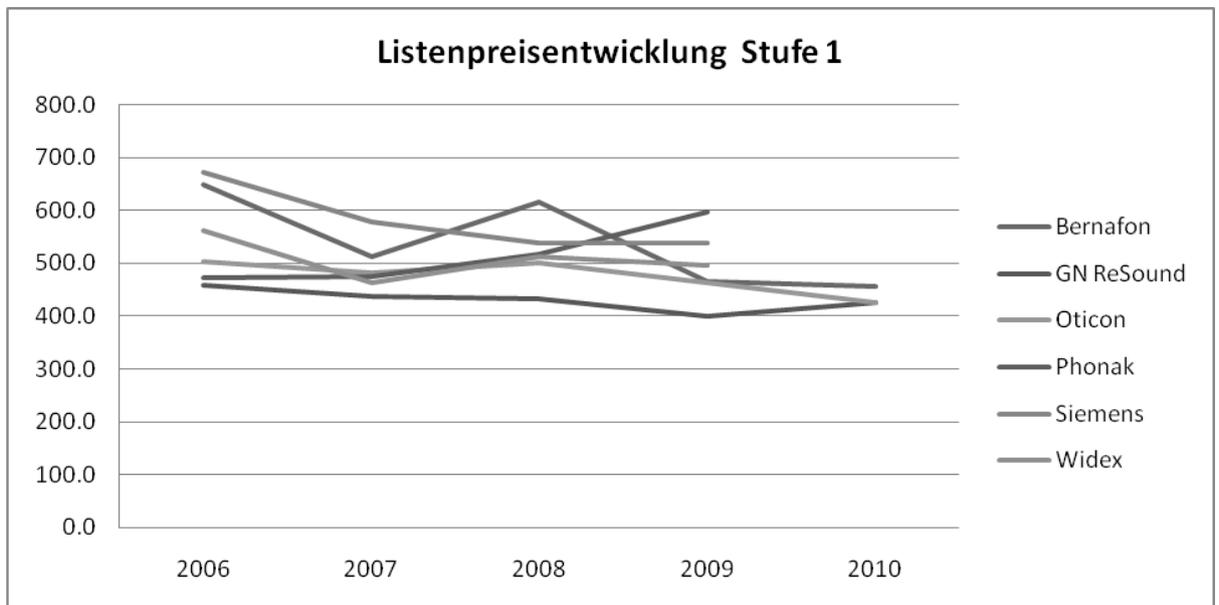
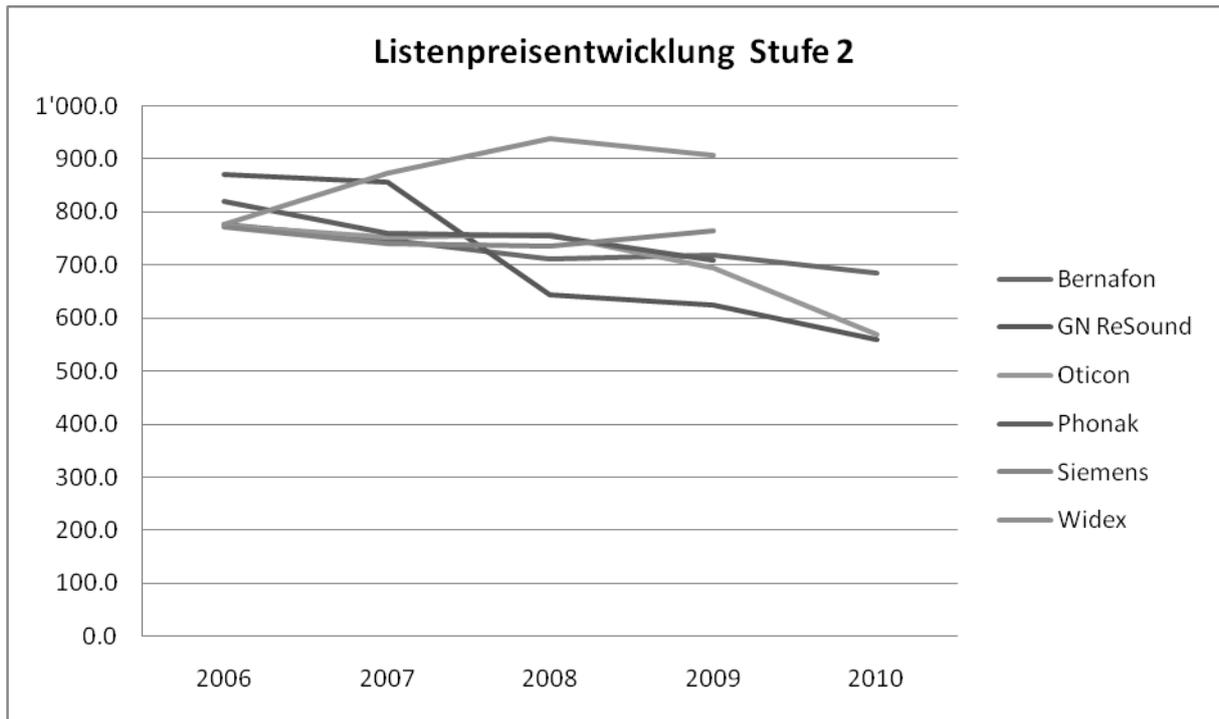


### Umsatzbasierte Marktanteile Stufe 1

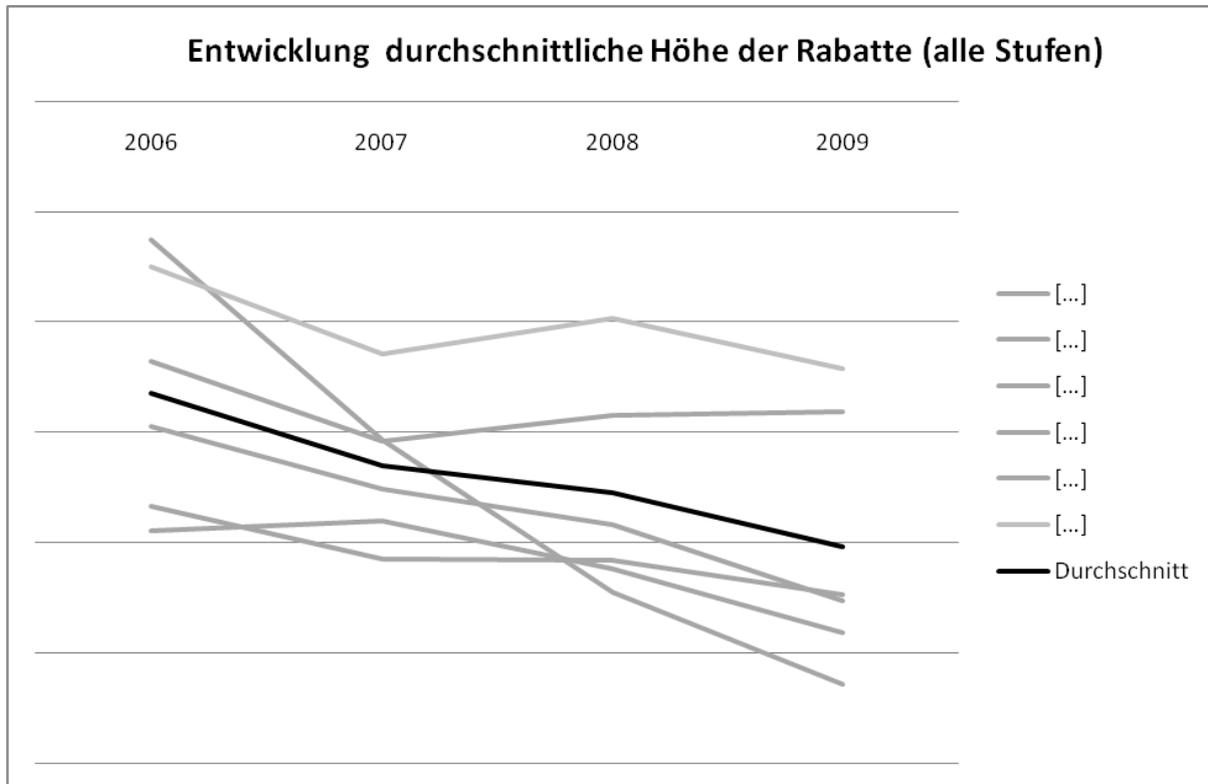


## Anhang 2: Listenpreisentwicklung





### Anhang 3: Rabattpolitik



## Anhang 4: Entwicklung unverbindlichen Verkaufspreisen (uVP)

