
Verfügung

vom 21. Oktober 2013

in Sachen

Untersuchung **22-0417** gemäss Art. 27 KG
betreffend

Kosmetikprodukte (Dermalogica)

wegen unzulässiger Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 KG

gegen

1. **Care on Skin GmbH**, Industriestrasse 42, 5036 Oberentfelden
vertreten durch RA Dr. Wilhelm Boner, Pelzgasse 15, Postfach 2430,
5001 Aarau

2. **Dermalogica Inc.**, 1535 Beachey Place, Carson, CA 90746, USA

Besetzung

Vincent Martenet (Präsident, Vorsitz),
Stefan Bühler, Andreas Heinemann (Vizepräsidenten),
Evelyne Clerc, Winand Emons, Thomas Pletscher, Armin Schmutzler,
Henrique Schneider, Johann Zürcher

Inhaltsverzeichnis

A. Sachverhalt	4
A.1. Gegenstand der Untersuchung	4
A.2. Verfahren	5
B. Erwägungen	11
B.1. Geltungsbereich	11
B.1.1. Persönlicher Geltungsbereich	11
B.1.2. Sachlicher Geltungsbereich	11
B.1.3. Räumlicher Geltungsbereich	11
B.2. Vorbehaltene Vorschriften	12
B.3. Wettbewerbsabreden über absoluten Gebietsschutz, Preisempfehlungen und Wettbewerbsabreden über eine Behinderung des Online-Handels	12
B.3.1. Wettbewerbsabrede	12
B.3.1.1. Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken	12
B.3.1.1.1. Abreden über absoluten Gebietsschutz	13
B.3.1.1.2. Preisempfehlungen	16
B.3.1.1.2.1. Allgemeines	16
B.3.1.1.2.2. Aufgreifkriterien für Preisempfehlungen	16
B.3.1.1.2.3. Abgestimmte Verhaltensweise in Bezug auf Preisempfehlungen	18
B.3.1.1.3. Abreden über die Behinderung des Online-Handels	21
B.3.1.2. Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung	22
B.3.1.2.1. Abreden über absoluten Gebietsschutz	22
B.3.1.2.2. Preisempfehlungen	22
B.3.1.2.3. Abreden über die Behinderung des Online-Handels	23
B.3.1.2.4. Fazit	23
B.3.2. Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs	23
B.3.2.1. Vorliegen von Abreden nach Artikel 5 Absatz 4 KG	23
B.3.2.1.1. Abreden über absoluten Gebietsschutz	24
B.3.2.1.1.1. Vertikale Abrede in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten	24
B.3.2.1.1.2. Ausschluss von Verkäufen durch gebietsfremde Vertriebspartner	25
B.3.2.1.2. Preisempfehlungen	26
B.3.2.1.3. Abreden über eine Behinderung des Online-Handels	27
B.3.2.1.4. Abredepartner und Untersuchungsadressatinnen	28
B.3.2.1.5. Fazit	30
B.3.2.2. Widerlegung der gesetzlichen Vermutung gemäss Art. 5 Abs. 4 KG	30
B.3.2.2.1. Relevante Märkte	31
B.3.2.2.1.1. Sachlich relevante Märkte	31
B.3.2.2.1.2. Räumlich relevante Märkte	32
B.3.2.2.2. Intrabrand-Wettbewerb	33
B.3.2.2.2.1. Intrabrand-Wettbewerb hinsichtlich Preis und Beratung	34

B.3.2.2.2.2.	Arbitragemöglichkeiten und Parallelimporte	36
B.3.2.2.2.3.	Fazit	40
B.3.2.2.3.	Interbrand-Wettbewerb	40
B.3.2.2.3.1.	Aktueller Wettbewerb	40
B.3.2.2.3.2.	Potenzieller Wettbewerb	42
B.3.2.2.3.3.	Fazit	43
B.3.2.3.	Zwischenergebnis	43
B.3.3.	Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs?	43
B.3.3.1.	Qualitative Beeinträchtigung des Wettbewerbs	44
B.3.3.2.	Keine quantitative Beeinträchtigung des Wettbewerbs	45
B.3.3.3.	Fazit	47
B.3.4.	Konkurrenten der Untersuchungsadressatinnen	48
C.	Kosten	49
D.	Ergebnis	50
E.	Dispositiv	52

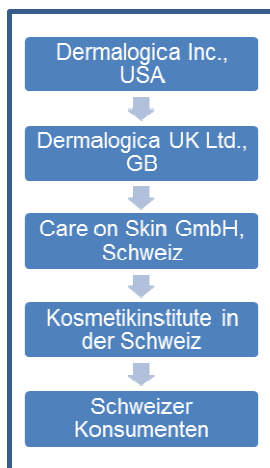
A. Sachverhalt

A.1. Gegenstand der Untersuchung

1. Basierend auf einer Anzeige eines Kosmetikinstituts¹ (nachfolgend: Anzeiger) eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) am 26. Oktober 2011 eine Untersuchung gemäss Art. 27 KG² gegen die Care on Skin GmbH (nachfolgend: Care on Skin), Oberentfelden. Care on Skin ist die schweizerische Generalimporteurin von Hautpflegeprodukten der Marke Dermalogica (nachfolgend: Dermalogica-Produkte). Laut dem Anzeiger hat Care on Skin den Verkauf von Dermalogica-Produkten über das Internet verboten. Zudem machte der Anzeiger Schwierigkeiten beim Parallelimport von Hautpflegeprodukten der Marke Dermalogica geltend. Am 9. Februar 2012 wurde das Verfahren auf Dermalogica Inc. (nachfolgend: Dermalogica), USA, ausgedehnt. Dermalogica ist die Herstellerin der Dermalogica-Produkte.

2. Die nachfolgende Abbildung 1 zeigt den Vertrieb von Dermalogica-Produkten von der Produktion in den USA bis zum Schweizer Konsumenten grafisch auf.

Abbildung 1: Vertrieb von Dermalogica-Produkten in der Schweiz



Quelle: Eigene Darstellung.

3. Bei der vorliegenden Untersuchung handelt es sich um eines der Verfahren, welche im Zusammenhang mit der Nichtweitergabe von Währungsvorteilen im Herbst 2011 eröffnet wurden.³ Mit der Untersuchung wird geprüft, ob sich Care on Skin und Dermalogica für den Vertrieb von Dermalogica-Produkten an unzulässigen Wettbewerbsabreden über absoluten Gebietsschutz, Mindest- oder Festpreise oder Beschränkungen des Online-Handels gemäss Art. 5 KG beteiligt haben. Konkret werden die Vertriebsverträge für Dermalogica-Produkte auf kartellrechtlich prob-

¹ Der Terminus „Kosmetikinstitut“ wird in der vorliegenden Verfügung sowohl für Kosmetikinstitute als auch für Hotel Spas verwendet, da Kosmetikprodukte in Hotels meist über ein hoteleigenes oder integriertes Kosmetikinstitut abgesetzt werden (vgl. unten, Rz 165).

² Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

³ Vgl. Medienmitteilung der WEKO vom 27.10.2011, Sekretariat WEKO eröffnet weitere Verfahren zur Nichtweitergabe von Währungsvorteilen, abrufbar unter <<http://www.weko.admin.ch/aktuell/00163/01079/index.html?lang=de>>.

lematische Klauseln geprüft sowie eine allfällige Einflussnahme von Dermalogica oder Care on Skin auf die Beschaffungs-, Preis- und Verkaufspolitik der Wiederverkäufer untersucht.

4. Mittels Wettbewerbsabreden über absoluten Gebietsschutz, Mindest- oder Festpreise und Beschränkungen des Online-Handels können die Preise in der Schweiz höher gehalten werden als dies unter freiem Wettbewerb möglich wäre. In einem solchen Fall zeitigen Wettbewerbsabreden – sofern sie nicht gerechtfertigt werden können – volkswirtschaftlich schädliche Auswirkungen und sind unzulässig. Um beantworten zu können, ob in casu unzulässige Wettbewerbsabreden vorliegen, sowie zur Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse befragte das Sekretariat nebst den Untersuchungsadressatinnen weitere in- und ausländische Hersteller und Distributoren von Hautpflegeprodukten, die primär über Kosmetikinstitute abgesetzt werden (nachfolgend auch: Konkurrenten der Untersuchungsadressatinnen), Kosmetikinstitute im In- und Ausland, Online-Shops sowie den Schweizerischen Fachverband für Kosmetik (SFK).

5. Im Laufe der Untersuchung stellte das Sekretariat fest, dass nicht nur bei den Untersuchungsadressatinnen, sondern auch in den Vertriebsverträgen anderer Hersteller und Distributoren von Hautpflegeprodukten, die primär über Kosmetikinstitute abgesetzt werden (nachfolgend auch: Hautpflegeprodukte), wettbewerbsrechtlich problematische Klauseln vorhanden waren. Auch deklarierten mehrere Hersteller und Distributoren von Hautpflegeprodukten ihre Preislisten nicht als unverbindlich. Zudem wurden Preisempfehlungen praktisch flächendeckend eingehalten.

6. Die Analyse der Wettbewerbsverhältnisse auf dem Markt für Hautpflegeprodukte, welche überwiegend über Kosmetikinstitute abgesetzt werden (vgl. unten, Rz 160 ff.), deutete darauf hin, dass zumindest die Mehrzahl der wettbewerbsbeschränkenden Klauseln, die in den Vertriebsverträgen von Konkurrenten der Untersuchungsadressatinnen identifiziert wurden, sowie der Preisempfehlungen, welche die Konkurrenten der Untersuchungsadressatinnen ihren Abnehmern abgeben, den Wettbewerb nicht erheblich beeinträchtigten (vgl. unten, Rz 203 ff.). Offen war hingegen, ob die festgestellten Wettbewerbsbeschränkungen – namentlich infolge eines kumulativen Abschottungseffekts durch gleichartige, nebeneinander bestehende vertikale Vertriebsnetze (vgl. Ziff. 13 VertBek⁴) – den Wettbewerb erheblich zu beeinträchtigen vermochten. Angesichts der Wettbewerbsverhältnisse auf dem relevanten Produktmarkt entschied das Sekretariat aus Gründen der Verhältnismässigkeit, auf weitere Marktabklärungen zu verzichten, sofern sich die fraglichen Hersteller und Distributoren dazu bereit erklärten, kartellrechtlich problematische Klauseln in ihren Vertriebsverträgen zu beseitigen, ihre Preislisten bei Bedarf anzupassen und ihre Vertriebspartner entsprechend darüber zu informieren. Dem sind alle vom Sekretariat kontaktierten Hersteller und Distributoren freiwillig nachgekommen, weshalb das Sekretariat keine weiteren Ermittlungen in der Sache mehr vornahm. Vor dem Hintergrund des soeben Ausgeführten wurde auf eine Eröffnung der Untersuchung gegen die Konkurrenten der Untersuchungsadressatinnen verzichtet.

A.2. Verfahren

7. Am [...] 2011 erhielt das Sekretariat von einem Kosmetikinstitut (Anzeiger) die Meldung, wonach es ihm von Care on Skin untersagt worden sei, Dermalogica-Produkte über das Internet zu verkaufen. In der Folge reichte das Kosmetikinstitut den zwischen ihm und Care on Skin geschlossenen Kooperationsvertrag ein und machte Schwierigkeiten beim Parallelimport von Dermalogica-Produkten geltend.

⁴ Bekanntmachung der Wettbewerbskommission vom 28.6.2010 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Vertikalbekanntmachung, VertBek).

8. Nach weiterer Kommunikation mit dem Anzeiger zur Klärung offener Fragen eröffnete das Sekretariat am 26. Oktober 2011 im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO eine Untersuchung gemäss Art. 27 KG gegen Care on Skin wegen möglicher unzulässiger Wettbewerbsabreden nach Art. 5 KG. Im Eröffnungsschreiben forderte das Sekretariat Care on Skin zudem auf, ihm je eine Kopie der Verträge mit ihren Lieferanten zukommen zu lassen und zu den Vorwürfen Stellung zu nehmen.
9. Am 27. Oktober 2011 informierte das Sekretariat die Öffentlichkeit mittels Medienmitteilung über die Untersuchungseröffnung.
10. Mit Schreiben vom 8. November 2011 reichte Care on Skin ein Fristerstreckungsgesuch ein, welchem das Sekretariat mit Schreiben vom 14. November 2011 teilweise entsprach.
11. Am 29. November 2011 wurde die Eröffnung der Untersuchung im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) und gleichentags im Bundesblatt (BBl) publiziert.⁵
12. Am 2. Dezember 2011 reichte Care on Skin ihre Stellungnahme zu der gegen sie eröffneten Untersuchung ein. In dieser Stellungnahme beantragte Care on Skin, dass die Untersuchung einzustellen und das Resultat in geeigneter Form zu kommunizieren sei, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen. Dem Ersuchen nach Bekanntmachung des Ausgangs des Verfahrens wird insofern nachgekommen, als im Rahmen der üblichen Medienmitteilung über den Abschluss des Verfahrens informiert wird. Weitergehende Informationspflichten der Wettbewerbsbehörden bzw. entsprechende Ansprüche der Parteien bestehen nicht.
13. Am 17. Januar 2012 fand in den Räumlichkeiten des Sekretariats eine Anhörung eines betroffenen Dritten nach Art. 40 KG statt. Dieser betroffene Dritte lieferte dem Sekretariat allgemeine Marktinformationen, welche teilweise für die spätere Befragung von Marktteilnehmern verwendet wurden.
14. Am 19. Januar 2012 rief das Sekretariat den Schweizerischen Kosmetik- und Waschmittelverband (SKW) an. Auf Nachfrage wurde dem Sekretariat mitgeteilt, dass der Verband über keine (Umsatz-)Zahlen betreffend Kosmetikprodukte verfüge, die vorwiegend über Kosmetikinstitute abgesetzt würden. Über den Absatzkanal Kosmetikinstitute würden andere Marken abgesetzt als jene, welche die Mitglieder des SKW im Portfolio hätten. Die Mitglieder des SKW würden ihre Produkte primär über den Detailhandelskanal verkaufen.
15. Am 31. Januar 2012 informierte das Sekretariat Care on Skin über den geplanten Ablauf der vorgesehenen Parteieinvernahme.
16. Am 2. Februar 2012 fand in den Räumlichkeiten des Sekretariats eine Parteieinvernahme mit Care on Skin statt. Am selben Tag fasste das Sekretariat in einer E-Mail zusammen, welche Informationen Care on Skin im Nachgang zur Parteieinvernahme einzureichen hatte.
17. Am 9. Februar 2012 dehnte das Sekretariat die Untersuchung auf Dermalogica aus und sandte Dermalogica einen Fragebogen zu. Zudem versandte das Sekretariat ein Auskunftsbegehren an 20 Händler von Dermalogica-Produkten in den USA. Über diese Schreiben wurden gleichentags die U.S. Federal Trade Commission sowie das U.S. Department of Justice informiert.
18. Ebenfalls am 9. Februar 2012 versandte das Sekretariat Auskunftsbegehren an 20 deutsche Händler von Dermalogica-Produkten. Gleichentags informierte das Sekretariat das Bundeskartellamt über diesen Vorgang.

⁵ SHAB Nr. 232 vom 19.11.2011, S. 34; BBl 2011 8788.

19. Mit Schreiben vom 15. Februar 2012 stellte Care on Skin dem Sekretariat diejenigen Unterlagen zu, die das Sekretariat anlässlich der Parteieinvernahme vom 2. Februar 2012 einverlangt hatte.

20. Am 23. Februar 2012 sandte das Sekretariat Care on Skin einen Fragebogen zu. Gleichentags stellte das Sekretariat zehn Herstellern und Distributoren von Hautpflegeprodukten in der Deutschschweiz und zwei Herstellern und Distributoren von Hautpflegeprodukten in der Westschweiz einen Fragebogen zu. Ausserdem wurden an 33 Schweizer Händler von Dermalogica-Produkten⁶ und an zwei Online-Shops Auskunftsbegehren verschickt. Zusätzlich wurde dem Schweizerischen Fachverband für Kosmetik (SFK) ein Fragebogen zugestellt. Gleichentags wurden auch Auskunftsbegehren an fünf Hersteller und Distributoren aus Frankreich und sechs Hersteller und Distributoren aus Deutschland gesandt. Die Autorité de la concurrence sowie das Bundeskartellamt wurden entsprechend informiert.

21. Am 28. Februar 2012 verschickte das Sekretariat zwei weitere Fragebogen an Hersteller und Distributoren von Hautpflegeprodukten in der Schweiz. Ebenfalls am 28. Februar 2012 wurde einem deutschen Händler von Dermalogica-Produkten erneut ein Fragebogen zugesandt, weil eine frühere Zustellung nicht erfolgreich war.

22. Am 7. März 2012 stellte der Anzeiger dem Sekretariat weitere Informationen betreffend das (neue) Webkonzept von Care on Skin zu.

23. Mit Schreiben vom 8. April 2012 reichte Dermalogica innert erstreckter Frist den beantworteten Fragebogen samt Anhängen ein.

24. Mit Schreiben vom 23. April 2012 reichte Care on Skin innert erstreckter Frist den beantworteten Fragebogen ein. Gleichzeitig beantragte sie, dass ihr Akteneinsicht zu gewähren sei. Mit Schreiben vom 26. April 2012 lehnte das Sekretariat dieses Gesuch vorläufig ab, da noch nicht alle Akten in bereinigter Form vorlagen. Am 14. Mai 2012 wurde Care on Skin schliesslich teilweise elektronische Akteneinsicht gewährt.

25. Nachdem einigen der befragten Unternehmen eine Fristerstreckung gewährt wurde und alle säumigen Unternehmen gemahnt wurden, gingen schliesslich die beantworteten Fragebogen im Zeitraum vom 27. Februar 2012 bis 22. Juni 2012 beim Sekretariat ein. Einigen befragten Unternehmen stellte das Sekretariat per E-Mail oder Telefon Ergänzungsfragen. Während alle Schweizer Händler und Schweizer Hersteller und Distributoren von Hautpflegeprodukten den erhaltenen Fragebogen beantwortet haben, war der Rücklauf aus dem Ausland sehr gering. Von den 20 Händlern von Dermalogica-Produkten in den USA erhielt das Sekretariat gar keinen Fragebogen zurück. Von den 20 deutschen Händlern von Dermalogica-Produkten antworteten lediglich drei. Ein an einen deutschen Händler von Dermalogica-Produkten adressierter Fragebogen konnte ferner nicht zugestellt werden, weil der Empfänger gemäss Rückmeldung der Post unter der angegebenen Adresse nicht ermittelt werden konnte. Schliesslich sandten lediglich zwei der elf angeschriebenen Hersteller und Distributoren von Hautpflegeprodukten aus Frankreich und Deutschland den ausgefüllten Fragebogen zurück. Zudem meldete sich ein Hersteller/Distributor telefonisch beim Sekretariat und erklärte, dass er keine Hautpflegeprodukte im Sortiment führe, sondern lediglich dekorative Kosmetik vertreibe, worauf das Sekretariat entgegnete, dass er den Fragebogen nicht beantworten solle. Von Auskunftsverfügungen wurde abgesehen. Die Nichterfüllung der Auskunftspflicht nach Art. 40 KG ist zwar mit Sanktionen bedroht (Art. 52 und 55 KG),

⁶ Zu den Schweizer Händlern von Dermalogica-Produkten zählen in erster Linie Kosmetikinstitute, aber auch Globus Zürich, Hotel Spas, Hautärzte und eine Apotheke. Gemäss Aussage von Care on Skin ist zentral, dass die Produkte über eine ausgebildete Fachperson abgesetzt werden, die eine Hautanalyse durchführen kann.

gegenüber ausländischen Marktteilnehmern sind allfällige Auskunftspflichten mangels internationaler Kooperationsabkommen zurzeit jedoch nicht durchsetzbar.⁷

26. Nach Prüfung der eingereichten Dokumente der befragten Marktteilnehmer stellte das Sekretariat fest, dass nicht nur bei den Untersuchungsadressatinnen, sondern auch in den Vertriebsverträgen anderer Hersteller und Distributoren von Hautpflegeprodukten wettbewerbsrechtlich problematische Klauseln vorhanden waren. Auch deklarierten mehrere Hersteller und Distributoren ihre Preislisten nicht als unverbindlich. Zudem wurden Preisempfehlungen praktisch flächendeckend eingehalten. Basierend auf den verfügbaren Informationen war allerdings anzunehmen, dass zumindest die Mehrzahl dieser wettbewerbsbeschränkenden Klauseln sowie dieser Preisempfehlungen den Wettbewerb nicht erheblich zu beeinträchtigen vermochten (vgl. oben, Rz 5 f.). Aus Gründen der Verhältnismässigkeit entschied das Sekretariat, auf weitere Marktklärungen zu verzichten, sofern sich die fraglichen Hersteller und Distributoren dazu bereit erklärten, kartellrechtlich problematische Klauseln in ihren Vertriebsverträgen zu beseitigen, ihre Preislisten bei Bedarf anzupassen und ihre Vertriebspartner entsprechend darüber zu informieren.

27. Mit Schreiben vom 29. August 2012 informierte das Sekretariat Dermalogica über die vorläufigen Ergebnisse des Verfahrens und bat Dermalogica, bis zum 1. Oktober 2012 die vom Sekretariat empfohlenen Massnahmen umzusetzen oder andere Vorkehrungen zu ergreifen, welche die kartellrechtlichen Bedenken ausräumten. Mit Schreiben vom 3. Dezember 2012 reichte Dermalogica innert einer zweimal erstreckten Frist Belege für die umgesetzten Massnahmen ein. Die zweimalige Fristerstreckung war dadurch begründet, dass Dermalogica infolge des Schreibens des Sekretariats vom 29. August 2012 auch [...].

28. Mit Schreiben vom 3. September 2012 wurde Care on Skin über die vorläufigen Ergebnisse des Verfahrens informiert und gebeten, bis zum 4. Oktober 2012 die vom Sekretariat empfohlenen Massnahmen umzusetzen oder andere Vorkehrungen zu ergreifen, welche die kartellrechtlichen Bedenken ausräumen. Mit Schreiben vom 3. Oktober 2012 reichte Care on Skin Belege für die umgesetzten Massnahmen ein. Care on Skin äusserte, dass sie aufgrund ihrer Grösse gar keine wettbewerbsbeschränkenden Abreden treffen könne und das gesamte Verfahren sowie insbesondere gewisse Abklärungen nicht notwendig gewesen seien. Sie behielt sich zudem vor, nach Abschluss des Verfahrens eine angemessene Parteientschädigung zu verlangen, wobei eine Regelung analog der Einstellung des Strafverfahrens zu wählen sei.

29. Im Zeitraum vom 27. September 2012 bis 26. Oktober 2012 teilte das Sekretariat 14 Herstellern und Distributoren von Hautpflegeprodukten in der Schweiz, drei Herstellern und Distributoren von Hautpflegeprodukten in Frankreich, acht Herstellern und Distributoren von Hautpflegeprodukten in Deutschland und einem Hersteller/Distributor in Spanien die in der Untersuchung identifizierten kartellrechtlichen Bedenken mit und empfahl diesen Unternehmen Massnahmen, um diese Bedenken zu beseitigen.

30. Mit Schreiben vom 22. Oktober 2012 informierte das Sekretariat das deutsche Bundeskartellamt und die französische Autorité de la concurrence über die Schreiben an die Hersteller und Distributoren von Hautpflegeprodukten aus den entsprechenden Ländern. Am 25. Oktober 2012 wurde die spanische Comisión Nacional de la Competencia über das Schreiben an den Hersteller/Distributor mit Sitz in Spanien in Kenntnis gesetzt. Am 26. Oktober 2012 wurde das deutsche Bundeskartellamt schliesslich über ein weiteres Schreiben an Unternehmen in Deutschland informiert.

⁷ Verfügung der WEKO vom 28.11.2011 i.S. Nikon, Rz 37 (Entscheid noch nicht rechtskräftig), abrufbar unter <<http://www.weko.admin.ch/aktuell/00162/index.html?lang=de>>.

31. Nachdem die spanische Post mitgeteilt hatte, dass das Schreiben an den Hersteller/Distributor mit Sitz in Spanien nicht abgeholt worden sei, wurde der Brief am 26. November 2012 an die [...] Unternehmenszentrale gesandt.

32. Im Zeitraum vom 17. Oktober 2012 bis 7. Juni 2013 reichten alle angeschriebenen Hersteller und Distributoren von Hautpflegeprodukten Belege für die Umsetzung der vom Sekretariat empfohlenen Massnahmen ein. Bei den meisten Unternehmen fand vorher ein iterativer Beratungsprozess mit dem Sekretariat statt, um Lösungen für die identifizierten Kartellrechtsprobleme zu finden. Einige Unternehmen überarbeiteten bei dieser Gelegenheit ihre (europäischen) Vertriebsverträge grundsätzlich, weshalb ihnen eine längere Frist zur Umsetzung der empfohlenen Massnahmen eingeräumt wurde.

33. Mit Schreiben vom 29. Oktober 2012 nahm das Sekretariat Stellung zu den umgesetzten Massnahmen von Care on Skin. Das Sekretariat teilte Care on Skin mit, dass die vom Sekretariat vorgeschlagenen Massnahmen zur Beseitigung der geäusserten kartellrechtlichen Bedenken im Grundsatz umgesetzt wurden. Care on Skin kennzeichnet die Preislisten nun explizit als unverbindlich und die von ihr belieferten Händler wurden schriftlich auf diesen Umstand hingewiesen. Zudem wies Care on Skin die Händler darauf hin, dass diese einen eigenen Online-Shop mit eigener Preisgestaltung betreiben dürfen. Ferner stellt Care on Skin in ihrer Kooperationsvereinbarung klar, dass Querlieferungen zulässig sind und teilte dies den Händlern schriftlich mit. Schliesslich gab Care on Skin gegenüber dem Sekretariat eine Zusage ab, Parallelimporte weder direkt noch indirekt zu behindern. Schliesslich hielt das Sekretariat in diesem Schreiben fest, dass keine gesetzliche Grundlage für eine Parteientschädigung im erstinstanzlichen nichtstreitigen Verwaltungsverfahren existiere, womit kein Anspruch auf eine Parteientschädigung für das Verfahren vor den Wettbewerbsbehörden bestehe.

34. Mit Schreiben vom 11. Dezember 2012 teilte das Sekretariat Dermalogica mit, dass es die angeregten Massnahmen als umgesetzt und die vorgeschlagenen Vertragsänderungen als vorgenommen erachtete, nachdem Dermalogica in ihren Verträgen präzisiert hatte, dass Exporte in die Schweiz zulässig sind und ihre Distributoren darüber informiert hatte.

35. Im Zeitraum vom 13. November 2012 bis 21. August 2013 bestätigte das Sekretariat den einzelnen Herstellern und Distributoren von Hautpflegeprodukten (zum Teil nach mehrmaligem Schriftenwechsel), dass infolge Umsetzung der empfohlenen Massnahmen keine kartellrechtlichen Bedenken mehr bestanden.

36. Da sämtliche kontaktierten Unternehmen ihre Vertriebsverträge und Preislisten auf Ersuchen des Sekretariats hin sinngemäss anpassten und ihre Vertriebspartner entsprechend informierten (vgl. oben, Rz 6), wurde entschieden, auf weitere aufwändige Marktabklärungen, welche notwendig gewesen wären, um die Frage nach der Unzulässigkeit der Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 KG abschliessend zu klären, zu verzichten und die Untersuchung nicht auf die Konkurrenten der Untersuchungsadressatinnen auszudehnen.

37. Mit Schreiben vom 5. September 2013 wurde der Antrag des Sekretariats Care on Skin und Dermalogica zur Stellungnahme zugestellt. Zudem wurden Dermalogica in einem Begleitschreiben die für Dermalogica wesentlichen Inhalte des Antrags in englischer Sprache mitgeteilt.

38. Mit E-Mail vom 17. September 2013 teilte Care on Skin mit, dass voraussichtlich auf eine Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats verzichtet werde. Weiter thematisierte Care on Skin erneut den Ersatz von Parteikosten und ersuchte das Sekretariat um eine diesbezügliche Stellungnahme.

39. In der Folge ergänzte das Sekretariat den Antrag vom 5. September 2013 um Ausführungen bezüglich Parteikosten und unterbreitete Care on Skin den ergänzten Antrag am 20. September 2013 für eine allfällige Stellungnahme zu den Ergänzungen.

40. Mit Eingabe vom 20. September 2013 unterbreitete Dermalogica dem Sekretariat ihre Stellungnahme zum Antrag. Dermalogica hob in dieser Stellungnahme nochmals hervor, dass weder eine Absicht, Exporte in die Schweiz zu untersagen, noch eine entsprechende Vereinbarung bestanden habe. Man sei davon ausgegangen, dass die Schweiz Mitglied des Europäischen Wirtschaftsraums (nachfolgend: EWR) sei, was dadurch unterstrichen würde, dass man den Begriff „EWR“ auch im Vertrag mit Care on Skin verwendet habe. Eine wörtliche Auslegung von „EWR“ hätte zum Ergebnis geführt, dass es Care on Skin gleichzeitig erlaubt und verboten gewesen wäre, in der Schweiz tätig zu sein.

41. Am 29. September 2013 teilte Care on Skin mit, dass sie auf eine Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats verzichte. Weiter ersuchte sie das Sekretariat um Bekanntgabe von Name und Adresse des Anzeigers, weil es ihr nicht zumutbar sei, weiterhin mit ihm zusammenzuarbeiten.

42. Mit Schreiben vom 2. Oktober 2013 teilte das Sekretariat Care on Skin mit, dass diesem Ersuchen nicht stattgegeben werden kann und begründete dies folgendermassen. Die Behörde darf die Einsicht in die Akten u.a. verweigern bzw. einschränken, wenn wesentliche öffentliche Interessen des Bundes oder der Kantone oder wesentliche private Interessen die Geheimhaltung erfordern (Art. 27 Abs. 1 lit. a und b VwVG⁸). Eine Einschränkung der Akteneinsicht muss auf einer Interessenabwägung im Einzelfall beruhen.⁹ Soweit anzeigende Personen wirtschaftliche Repressalien (z.B. Diskriminierungen oder Lieferverweigerungen) zu befürchten haben, ist die Wahrung ihrer Anonymität regelmässig höher einzuschätzen als das Interesse des Einsichtsbefugten, nicht nur den Inhalt der Information, sondern auch die Identität der anzeigenden Person zu kennen.¹⁰ Zudem ist auch das öffentliche Interesse der Wettbewerbsbehörden an der Geheimhaltung der Identität von anzeigenden Personen zu beachten, welches ebenfalls zu einer Einschränkung des Akteneinsichtsrechts und zur Anonymisierung der entsprechenden Informationsquellen führen kann.¹¹ Aufgrund einer Interessenabwägung im vorliegenden Fall konnte dem Ersuchen, Name und Adresse des Anzeigers bekannt zu geben, nicht entsprochen werden.

43. Am 21. Oktober 2013 entschied die WEKO über das vorliegende Verfahren.

44. Am 27. November 2013 eröffnete das Sekretariat die Verfügung gegenüber Care on Skin und Dermalogica. Zudem wurden Dermalogica in einem Begleitschreiben die für sie wesentlichen Inhalte der Verfügung in englischer Sprache mitgeteilt. Gleichzeitig wurden den Verfahrensadressatinnen das aktualisierte Aktenverzeichnis sowie die für den 28. November 2013 zur Publikation vorgesehene Medienmitteilung zugestellt.

⁸ Bundesgesetz vom 20.12.1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).

⁹ STEPHAN C. BRUNNER, in: VwVG – Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), 2008, Art. 27 N 9; BERNHARD WALDMANN/MAGNUS OESCHGER, in: VwVG – Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), 2009, Art. 27 N 3.

¹⁰ STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, 2002, 292 m.w.H.; SIMON BANGERTER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 25 N 67.

¹¹ STEFAN BILGER (Fn 10), 289; BERNHARD WALDMANN/MAGNUS OESCHGER (Fn 9), Art. 27 N 23.

B. Erwägungen

B.1. Geltungsbereich

B.1.1. Persönlicher Geltungsbereich

45. Das Kartellgesetz gilt in persönlicher Hinsicht sowohl für Unternehmen des privaten wie auch für solche des öffentlichen Rechts (Art. 2 Abs. 1 KG). Als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Sowohl Care on Skin als auch Dermalogica sind als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG zu qualifizieren.

B.1.2. Sachlicher Geltungsbereich

46. In sachlicher Hinsicht erstreckt sich das Kartellgesetz auf das Treffen von Kartell- und anderen Wettbewerbsabreden, auf die Ausübung von Marktmacht sowie auf die Beteiligung an Unternehmenszusammenschlüssen (Art. 2 Abs. 1 KG).

47. Der Begriff der Wettbewerbsabrede wird in Art. 4 Abs. 1 KG definiert. Die Frage, ob Care on Skin und Dermalogica solche Abreden getroffen haben und ob unzulässige Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 KG vorliegen, wird nachfolgend im Rahmen der Beurteilung der Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG (vgl. unten, Rz 54 ff.) erörtert. Es wird auf die dortigen Ausführungen verwiesen.

B.1.3. Räumlicher Geltungsbereich

48. Das Kartellgesetz ist auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland verursacht werden (sog. Auswirkungsprinzip; Art. 2 Abs. 2 KG). Mit anderen Worten kommt es nicht darauf an, wo eine Wettbewerbsbeschränkung veranlasst wird. Stattdessen ist massgebend, ob sich diese im schweizerischen Markt (erheblich) auswirkt.¹²

49. Der Vertriebsvertrag zwischen Dermalogica und Care on Skin vom 1. Januar 2011 (nachfolgend: Vertriebsvertrag Dermalogica-Care on Skin) verpflichtete Care on Skin in Ziff. 4, Dermalogica-Produkte ausschliesslich im ihr zugewiesenen Vertragsgebiet zu vertreiben. Care on Skin wurde ausdrücklich verboten, Dermalogica-Produkte ausserhalb des Vertragsgebiets (Schweiz und Liechtenstein) zu verkaufen. In Ziff. 5 wurde Care on Skin zudem angewiesen, ihren Abnehmern ebenfalls ein entsprechendes Exportverbot aufzuerlegen.¹³ Das KG ist nicht anwendbar auf Abreden, welche den Wettbewerb lediglich auf Exportmärkten beschränken.¹⁴ Da sich die zwischen Dermalogica und Care on Skin vereinbarte Exportverbotsklausel respektive Exportverbotsüberbindungsklausel lediglich ausserhalb des Vertragsgebiets und somit ausserhalb der Schweiz auswirkten, ist das KG auf diese Vereinbarungen nicht anwendbar.

¹² Botschaft vom 23.11.1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Botschaft KG 1994), BBl 1995 I 468, 535 f.

¹³ Im Nachtrag vom 9.11.2011 respektive 11.11.2011 zum Vertriebsvertrag Dermalogica-Care on Skin wurden die Ziff. 4 und 5 geändert. In der neuen Ziff. 4 verpflichtet Care on Skin sich, die Dermalogica-Produkte aktiv nur im Vertragsgebiet zu vertreiben und – abgesehen von Passivverkäufen – nicht zu exportieren. Absolut verboten ist der Export von Dermalogica-Produkten in Gebiete ausserhalb des EWR. Ziff. 5 sieht neu vor, dass Care on Skin ihren Abnehmern verbieten muss, Dermalogica-Produkte ausserhalb des EWR und aktiv in Gebieten ausserhalb des Vertragsgebiets zu vertreiben.

¹⁴ JENS LEHNE, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 2 N 56 m.w.H.

50. Wenn aber Dermalogica mittels Abreden mit ihren ausländischen Vertriebspartnern Exporte in die Schweiz verhindert respektive behindert, kann dieser im Ausland veranlasste Sachverhalt Auswirkungen auf die Schweiz haben. Das Kartellgesetz ist auf diese Abreden folglich anwendbar. Ob Exporte in die Schweiz tatsächlich verhindert bzw. behindert wurden, ist Gegenstand der nachfolgenden Prüfung.

51. Auswirkungen auf die Schweiz sind auch möglich, wenn Dermalogica und Care on Skin respektive Care on Skin und ihre Abnehmer Abreden über Mindest- oder Festpreise treffen oder wenn Dermalogica und Care on Skin sowie Care on Skin und ihre Abnehmer eine Behinderung des Online-Handels vereinbaren. Ob solche Wettbewerbsbeschränkungen vereinbart wurden, wird ebenfalls Gegenstand der nachfolgenden Prüfung sein.

B.2. Vorbehaltene Vorschriften

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

53. In den vorliegend zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen.

B.3. Wettbewerbsabreden über absoluten Gebietsschutz, Preisempfehlungen und Wettbewerbsabreden über eine Behinderung des Online-Handels

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

B.3.1. Wettbewerbsabrede

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

56. Eine Wettbewerbsabrede definiert sich daher durch folgende Tatbestandselemente: a) Ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der beteiligten Unternehmen¹⁵ (vgl. Abschnitt B.3.1.1.) und b) eine Abrede, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt (vgl. Abschnitt B.3.1.2.).

B.3.1.1. Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken

57. Für die Anwendung von Art. 4 Abs. 1 KG spielt es keine Rolle, in welcher Form sich das bewusste und gewollte Zusammenwirken äussert.¹⁶ Als Formen von Wettbewerbsabreden kom-

¹⁵ Botschaft KG 1994 (Fn 12), 545.

¹⁶ Statt vieler: MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON/MANI REINERT, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), 2. Aufl. 2013, Art. 4 Abs. 1 N 22.

men beispielsweise Verträge, Statuten, rechtlich nicht erzwingbare Abreden, aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, Verbandsbeschlüsse oder Empfehlungen in Frage.¹⁷

58. Am einfachsten gelingt der Nachweis eines bewussten und gewollten Zusammenwirkens, wenn die Wettbewerbsabrede in der Form einer (erzwingbaren oder nicht erzwingbaren) ausdrücklichen Vereinbarung vorliegt. Schwieriger wird es, wenn die Wettbewerbsabrede lediglich in Form einer konkludenten Vereinbarung getroffen wurde oder wenn sie sich sogar nur in einer abgestimmten Verhaltensweise der Unternehmungen äussert. Diesfalls muss der Nachweis eines bewussten und gewollten Zusammenwirkens mittels Indizien erbracht werden.¹⁸

59. Sowohl in den Verträgen zwischen Dermalogica und ihren Distributoren, darunter auch Care on Skin, als auch in den Vereinbarungen zwischen Care on Skin und ihren Abnehmern fanden sich verschiedene kartellrechtlich möglicherweise problematische Klauseln. Zudem gibt Care on Skin ihren Abnehmern Preisempfehlungen ab, welche diese mehrheitlich einhalten.

60. Die identifizierten Klauseln und die Preisempfehlungen von Care on Skin an ihre Abnehmer werden nachfolgend – unterteilt in die Kategorien absoluter Gebietsschutz, Preisempfehlungen und Behinderung des Online-Handels – aufgeführt und es wird geprüft, ob sie ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken darstellen.

B.3.1.1.1. Abreden über absoluten Gebietsschutz

61. Die Vertriebsverträge zwischen Dermalogica und ihren ausländischen Abnehmern (nachfolgend: Vertriebsverträge Dermalogica-ausländische Abnehmer) enthalten eine Klausel, die es den letztgenannten untersagt, Dermalogica-Produkte in Gebiete ausserhalb des EWR zu exportieren. Ebenso umfassen die Verträge eine Klausel, welche die Abnehmer verpflichtet, ihren Kunden ein entsprechendes Exportverbot aufzuerlegen. Zur Illustration werden die Klauseln aus dem Vertriebsvertrag von Dermalogica mit ihrer deutschen Tochtergesellschaft vom 1. Januar 2006 zitiert:

„4. [...]“

„5. [...]“

Gemäss Angaben von Dermalogica bestehen in den europäischen Ländern und insbesondere in den Nachbarländern der Schweiz¹⁹ vergleichbare Verträge.

62. Im November 2012 änderte Dermalogica die vorgängig zitierten Klauseln. Neu sehen die Verträge vor, dass Exporte in Länder untersagt sind, die nicht zum EWR gehören und nicht Beitrittskandidat der EU oder die Schweiz sind. Dieses modifizierte Exportverbot haben die Distributoren ihren Abnehmern zu überbinden. Zudem informierte Dermalogica ihre Distributoren über die geografische Anpassung des Exportverbots.

63. Voraussetzung für die Anwendung von Art. 4 Abs. 1 KG ist, dass zwei oder mehrere wirtschaftlich voneinander unabhängige Unternehmen kooperieren.²⁰ Konzernunternehmungen sind

¹⁷ ROLAND KÖCHLI/PHILIPPE M. REICH, in: Stämpfli Handkommentar zum KG, Baker & McKenzie (Hrsg.), 2007, Art. 4 Abs. 1 N 5.

¹⁸ Zum Ganzen THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 4 Abs. 1 N 82.

¹⁹ In Deutschland und im Vereinigten Königreich ist Dermalogica mit einer Tochtergesellschaft vertreten. In Frankreich und Monaco, Belgien, den Niederlanden, Kroatien, Tschechien und der Slowakei, Dänemark, Finnland, Griechenland, Norwegen, Malta, Polen, Portugal, Slowenien, Spanien, Schweden und der Türkei arbeitet Dermalogica mit unabhängigen Distributionspartnern zusammen. In Italien wird Dermalogica derzeit nicht offiziell vertrieben.

zwar rechtlich selbständig, wirtschaftlich jedoch von der Muttergesellschaft abhängig.²¹ Dies hat zur Folge, dass zwischen Konzernunternehmungen keine kartellrechtlich relevanten Abreden getroffen werden können (sog. Konzernprivileg).²² Das Konzernprivileg verhindert jedoch nicht, dass eine Abrede zwischen einer Konzerngesellschaft und einer unabhängigen Drittunternehmung kartellrechtlich relevant sein kann.²³ Gemäss der Praxis der Europäischen Kommission können solche kartellrechtlich relevante Vereinbarungen zwischen einer Konzerngesellschaft und einem unabhängigen Drittunternehmen auch auf einer konzerninternen Vereinbarung beruhen, die vom Konzernprivileg profitiert. In der Entscheidung Kodak hatte die Europäische Kommission eine zwischen der Muttergesellschaft und ihren Tochtergesellschaften vereinbarte Klausel betreffend ein Exportverbot zu beurteilen²⁴ und kam zum Schluss, dass diese Klausel eine kartellrechtlich relevante Abrede darstellte.²⁵ Begründet wurde dies damit, dass die zwischen der Mutter- und den Tochtergesellschaften vereinbarte Klausel notwendigerweise in die Verträge zwischen den Tochtergesellschaften und unabhängigen Drittunternehmen aufzunehmen war.²⁶ Diese Rechtsprechung wurde von der Lehre übernommen.²⁷ In solchen Fällen führt der Inhalt der Vereinbarung zwischen zwei Konzerngesellschaften zum Schluss, dass das in Frage stehende Vertriebssystem dem Kartellgesetz zu unterstellen ist, weil die Auslegung der Vertragsklauseln keinen Zweifel offen lässt, dass die Konzerngesellschaften die Klauseln, sei es durch Distributionsverträge oder andere Massnahmen, umsetzen werden. Sofern also Vereinbarungen zwischen Konzerngesellschaften ein Vertriebssystem aufstellen, das seine Wirkungen ausserhalb des Konzerns entfaltet, ist davon auszugehen, dass eine kartellrechtlich relevante Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vorliegt.²⁸

64. Ziff. 4 der Vertriebsverträge Dermalogica-ausländische Abnehmer verpflichtet den Distributor, Dermalogica-Produkte nicht in Gebiete, die nicht zum EWR gehören, zu exportieren (Exportverbot). Soweit diese Vereinbarung zwischen Dermalogica und ihren Tochtergesellschaften²⁹ getroffen wurde, wirkt sie nur konzernintern und ist vom Konzernprivileg gedeckt. Die Vereinbarung zwischen Dermalogica und ihren Tochtergesellschaften betreffend das in Ziff. 4 statuierte Exportverbot ist somit kartellrechtlich nicht relevant. Es bleibt in Bezug auf die Fälle, in welchen sich Ziff. 4 in einem Vertriebsvertrag zwischen Dermalogica und ihren unabhängigen ausländischen Vertriebspartnern findet, zu prüfen, ob eine Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vorliegt.

65. In Ziff. 5 der Vertriebsverträge Dermalogica-ausländische Abnehmer verpflichtet sich der Distributor zudem, das Exportverbot auch seinen Abnehmern (Kosmetikinstuten) zu überbinden (Überbindung Exportverbot). Bei den Kosmetikinstuten handelt es sich in der Regel um unabhängige Unternehmungen. Die Vereinbarung zwischen Dermalogica und ihren Tochtergesellschaften, dass die letztgenannten ihren unabhängigen Abnehmern ein Exportverbot auferlegen, hat demzufolge Auswirkungen ausserhalb des Konzerns. Ziff. 5 stellt somit möglicherweise eine

²⁰ BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 18), Art. 4 Abs. 1 N 81.

²¹ Art. 963 Abs. 1 und 2 Bundesgesetz vom 30.3.1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (OR; SR 220).

²² VINCENT MARTENET/PIERRE-ALAIN KILLIAS, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), 2. Aufl. 2013, Art. 2 N 31 m.w.H.

²³ MARTENET/KILLIAS (Fn 22), Art. 2 N 31.

²⁴ KOMM, ABI. 1970 L147/25, Rz 1, *Kodak*.

²⁵ KOMM, ABI. 1970 L147/25, Rz 15, *Kodak*.

²⁶ KOMM, ABI. 1970 L147/25, Rz 14, *Kodak*.

²⁷ RICHARD WISH/DAVID BAILEY, *Competition Law*, 7. Aufl. 2012, 95.

²⁸ Zum Ganzen Verfügung der WEKO vom 27.5.2013 i.S. *Marché du livre écrit en français*, Rz 134 (Entscheid noch nicht rechtskräftig), abrufbar unter < <http://www.weko.admin.ch/aktuell/00162/index.html?lang=de>>.

²⁹ Vgl. Fn 19.

Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG dar, und zwar unabhängig davon, ob diese zwischen Dermalogica und ihren Tochtergesellschaften oder zwischen Dermalogica und ihren unabhängigen ausländischen Vertriebspartnern vereinbart wurde.

66. Dermalogica führt aus, dass unter dem Begriff „EWR“ sowohl die Mitgliedstaaten der Europäischen Union (nachfolgend: EU) als auch jene der Europäischen Freihandelsassoziation (nachfolgend: EFTA) verstanden würden, womit der Begriff „EWR“ auch die Schweiz umfasse. Weiter legt Dermalogica dar, dass der Begriff „EWR“ auch im Nachtrag vom 9. respektive 11. November 2011 zum Vertriebsvertrag Dermalogica-Care on Skin (nachfolgend: Nachtrag zum Vertriebsvertrag Dermalogica-Care on Skin) zu finden sei. In diesem Vertrag würde der Begriff „EWR“ keinen Sinn ergeben, würde er nicht auch die Schweiz umfassen. Mit E-Mail vom 6. April 2012 erinnerte Dermalogica ihre europäischen Abnehmer (Tochtergesellschaften und unabhängige Vertriebspartner) schliesslich daran, dass mit dem Begriff „EWR“ sowohl die Mitgliedstaaten der EU als auch der EFTA, wozu auch die Schweiz gehöre, gemeint seien.

67. Dermalogica bringt also vor, dass der Vertragstext und der Vertragswille nicht übereinstimmen würden. Demgegenüber bestreitet Dermalogica nicht, dass Verträge mit ihren Tochtergesellschaften und unabhängigen ausländischen Distributoren zustande gekommen sind. Mit anderen Worten dementiert Dermalogica nicht, dass Verträge bestehen, stellt sich aber auf den Standpunkt, dass diese keine Exportverbote in die Schweiz respektive keine Überbindung der Exportverbote in die Schweiz enthalten würden. Dieser Argumentation kann aus mehreren Gründen nicht gefolgt werden.

68. Der Wortlaut der Klauseln betreffend das Exportverbot in Gebiete ausserhalb des EWR (Ziff. 4 Vertriebsverträge Dermalogica-ausländische Abnehmer) respektive die Überbindung des Exportverbots in Gebiete ausserhalb des EWR (Ziff. 5 Vertriebsverträge Dermalogica-ausländische Abnehmer) ist klar und unzweideutig. Ein vernünftiger europäischer Distributor versteht den Begriff „EWR“ dahingehend, dass die Schweiz nicht darunter fällt. Aus der Argumentation, dass der Begriff „EWR“ auch im Nachtrag zum Vertriebsvertrag Dermalogica-Care on Skin zu finden sei, kann Dermalogica nichts ableiten. Der Nachtrag zum Vertriebsvertrag Dermalogica-Care on Skin wurde erst nach der Eröffnung der Untersuchung unterzeichnet. Weiter zeigt die Tatsache, dass Dermalogica ihre europäischen Abnehmer (Tochtergesellschaften und unabhängige ausländische Vertriebspartner) nach der Eröffnung der Untersuchung daran erinnert hat, dass auch die Schweiz unter den Begriff „EWR“ falle, dass Dermalogicas Verständnis des Begriffs „EWR“ nicht selbsterklärend und allgemeingültig ist. Die zitierten Klauseln (vgl. oben, Rz 61) sind folglich wörtlich zu verstehen. Schliesslich fehlen Hinweise (wie beispielsweise Protokolle, Besprechungsnotizen oder Korrespondenz), welche auf eine Ausserkraftsetzung der Verträge schliessen lassen.

69. Zwischen Dermalogica und den unabhängigen ausländischen Vertriebspartnern liegen folglich ausdrückliche Vereinbarungen bezüglich Exportverbote in Gebiete ausserhalb des EWR (Ziff. 4 Vertriebsverträge Dermalogica-ausländische Abnehmer) sowie deren Überbindung auf Abnehmer (Ziff. 5 Vertriebsverträge Dermalogica-ausländische Abnehmer) vor. Diese sind als bewusstes und gewolltes Zusammenwirken im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren. Ebenso ist das Vertriebssystem basierend auf der zwischen Dermalogica und ihren Tochtergesellschaften vereinbarten Überbindung der Exportverbote auf Abnehmer als bewusstes und gewolltes Zusammenwirken im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu werten.

B.3.1.1.2. Preisempfehlungen

B.3.1.1.2.1. Allgemeines

70. Es liegen keine Hinweise vor, dass zwischen Dermalogica und Care on Skin respektive Care on Skin und ihren Abnehmern ausdrückliche oder konkludente Vereinbarungen über Mindest- oder Festpreise vorliegen.

71. Care on Skin gibt ihren Abnehmern aber Listen ab, welche die zum Verkauf vorgesehenen Produkte auflisten und den Verkaufspreis inkl. Mehrwertsteuer angeben. Im Rahmen der Parteienvernahme gab Care on Skin an, dass sie ihren Abnehmern „*Richtpreise mit einer Marge von [...] %*“ herausgebe. Care on Skin gibt ihren Abnehmern folglich Richtpreise respektive Preisempfehlungen vor.

72. Ziff. 15 Abs. 3 VertBek definiert Kriterien, welche Anlass geben können, dass die Wettbewerbsbehörden Preisempfehlungen aufgreifen. Es handelt sich dabei um eine nicht abschliessende Liste möglicher Aufgreifkriterien.³⁰ In chronologischer Hinsicht geht die Prüfung der Aufgreifkriterien der Abklärung des Abredetatbestands von Art. 4 Abs. 1 KG vor.³¹

B.3.1.1.2.2. Aufgreifkriterien für Preisempfehlungen

73. Nach Ziff. 15 Abs. 3 VertBek können insbesondere folgende Umstände Anlass geben, Preisempfehlungen zu untersuchen:

- a) der Umstand, dass Preisempfehlungen nicht in 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 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 Händler befolgt werden.

74. Nachfolgend wird anhand der genannten Aufgreifkriterien geprüft, ob die Preisempfehlungen, die Care on Skin ihren Abnehmern abgibt, einer näheren Prüfung zu unterziehen sind.

Abgabe der Preisempfehlungen

75. Care on Skin gibt an, dass die Preisliste allgemein zugänglich sei; dies gelte erst recht, seit der Webshop online sei. Von 33 befragten Kosmetikinstituten gaben zehn an, dass ihre Kunden Zugang zur Preisliste von Care on Skin hätten, während 16 verneinten, dass die Preisliste ihren Kunden zugänglich sei.³² In drei Kosmetikinstituten ist die Preisliste teilweise zugänglich, sei es,

³⁰ ANDREA GRABER, Die neue Vertikalbekanntmachung 2010 der WEKO, in: Jusletter vom 23.8.2010, Rz 16.

³¹ RPW 2011/3, 365 Rz 13, *Festool*.

³² Die Preisliste wurde als nicht allgemein zugänglich qualifiziert, wenn die Kosmetikinstitute antworteten, dass die Kunden keinen Zugang zur Preisliste hätten. Ebenfalls als nicht zugänglich wurde eine Preisliste eingestuft, wenn die Kosmetikinstitute eigene Preislisten erstellen oder die Preise auf den Produkten anschreiben, da hier nicht ersichtlich wird, ob es sich um eigene Preise oder Preisempfehlungen handelt. Schliesslich wurde zu dieser Kategorie auch die Antwort gezählt, dass die Preisemp-

dass sie auf Wunsch des Kunden vorgelegt oder mündlich darüber Auskunft erteilt wird. Vier Kosmetikinstitute machten keine Angaben zur Frage, ob die Kunden Zugang zur Preisliste haben.

76. Im von Care on Skin betriebenen Webshop werden alle Produkte mit Preis aufgelistet, doch ist nirgends ersichtlich, dass die angegebenen Preise mit den von Care on Skin an die Kosmetikinstitute herausgegebenen Preisempfehlungen übereinstimmen.³³ Aufgrund der Tatsache, dass Care on Skin im Webshop alle Produkte mit Preis auflistet, kann deshalb nicht geschlossen werden, dass die Preisempfehlungen in allgemeiner Weise zugänglich sind. Auch den Antworten der Kosmetikinstitute lässt sich nicht entnehmen, dass die Kunden generell Zugang zu den Preisempfehlungen haben.

Bezeichnung der Preisempfehlungen

77. Care on Skin gibt ihren Abnehmern Listen ab, welche die zum Verkauf vorgesehenen Produkte auflisten und den Verkaufspreis inkl. Mehrwertsteuer angeben. Das Bestellformular von Care on Skin gibt zudem für jedes für den Verkauf bestimmte Produkt einerseits den Einstandspreis exkl. Mehrwertsteuer und andererseits den Verkaufspreis inkl. Mehrwertsteuer an. Weder die Preisliste noch das Bestellformular enthielten einen Hinweis darauf, dass es sich bei den angegebenen Verkaufspreisen lediglich um Richtpreise/Empfehlungen handelt oder die genannten Verkaufspreise unverbindlich sind. Das Aufgreifkriterium der fehlenden Bezeichnung der Unverbindlichkeit (Ziff. 15 Abs. 3 lit. b VertBek) ist somit erfüllt.

78. Im Herbst 2012 versah Care on Skin ihre Preisliste mit dem Hinweis, dass es sich bei den angegebenen Preisen um unverbindliche Preisempfehlungen handelt und wies ihre Abnehmer mittels eines Rundschreibens auf diesen Umstand hin.

Befolgungsgrad

79. Die Auswertung der 33 Fragebogen, welche an Abnehmer von Care on Skin versendet wurden, ergab, dass sich 28³⁴ Kosmetikinstitute grundsätzlich an die Preisliste halten (vgl. dazu auch unten, Rz 177). Drei Kosmetikinstitute gaben an, dass sie sich nicht an die Preisliste halten würden. Zwei Kosmetikinstitute machten keine Angaben zur Frage, ob sie sich an die Preisliste halten würden. Folglich legen rund 90 % der Kosmetikinstitute ihre Verkaufspreise in Übereinstimmung mit den Preisempfehlungen fest, während nur ca. 10 % der Kosmetikinstitute ihre Preise unabhängig von den empfohlenen Preisen bestimmen.

80. Care on Skin argumentiert, dass sie die Preislisten ihren Abnehmern als Dienstleistung und zur Information weitergegeben habe. Den Abnehmern habe es immer frei gestanden, die Produkte zu höheren oder tieferen Preisen zu verkaufen. Care on Skin gesteht aber selber ein, dass dies kaum der gelebten Realität entsprochen hat. So sagte Care on Skin im Rahmen der Parteienvernahme gemäss Art. 42 Abs. 1 KG: „*Generell haben sie freiwillig die gleichen Preise. Gewisse Kosmetikerinnen sind etwas teurer. Niemand ist meines Wissens günstiger als der Richtpreis.*“.

81. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Preisempfehlungen von Care on Skin von einem bedeutenden Teil der Kosmetikinstitute eingehalten werden.

fehlungen bei Aktionen auf Flyern stehen würden, da Aktionen in der Regel punktuell sind und nicht das gesamte Sortiment betreffen.

³³ <<http://shop.dermalogica.ch/>> (15.4.2013).

³⁴ Es wurden alle Kosmetikinstitute gezählt, die angaben, dass sie die Preisempfehlungen in der Regel/mehr oder weniger einhalten, Rappenbeträge auf Frankenbeträge auf-/abrunden etc.

Preisniveau

82. Die Konsumentenpreise von Dermalogica-Produkten sind im Ausland basierend auf einem durch das Sekretariat durchgeführten Preisvergleich durchschnittlich rund 10 % tiefer als in der Schweiz (vgl. unten, Rz 190 f.).

83. Aufgrund der offenen Formulierung des Kriteriums in Ziff. 15 Abs. 3 lit. c VertBek und der fehlenden Praxis hierzu ist unklar, ob bei einem Preisunterschied von 10 % zwischen der Schweiz und Ausland bei den von der Preisempfehlung betroffenen Produkten davon gesprochen werden kann, dass das Preisniveau in der Schweiz bei vergleichbarer Gegenleistung deutlich höher liegt als im benachbarten Ausland. Die Frage kann allerdings offen gelassen werden, da eine Gesamtschau der Elemente von Ziff. 15 Abs. 3 VertBek ergibt, dass die Preisempfehlungen, die Care on Skin ihren Abnehmern abgibt, einer näheren Prüfung zu unterziehen sind.

Fazit

84. Aus den obigen Ausführungen folgt, dass die in Ziff. 15 Abs. 3 VertBek genannten Aufgreifkriterien für die Preislisten von Care on Skin erfüllt sind.

B.3.1.1.2.3. Abgestimmte Verhaltensweise in Bezug auf Preisempfehlungen

Generelles

85. Preisempfehlungen sind einseitige Anweisungen ohne rechtliche Durchsetzbarkeit, die beispielsweise von Verbänden an ihre Mitglieder oder von Herstellern an ihre Händler abgegeben werden.³⁵ Unilateral herausgegebene Preisempfehlungen stellen in vielen Fällen eine einseitige Verhaltensweise dar und erfüllen somit das Tatbestandsmerkmal der Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG in der Regel nicht.³⁶ Beim Vorliegen einer minimalen Willensübereinstimmung zwischen dem Herausgeber und dem Empfänger der Preisempfehlungen können diese jedoch eine abgestimmte Verhaltensweise im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG darstellen.³⁷ Es bleibt folglich zu prüfen, ob die von Care on Skin gegenüber ihren Abnehmern bekannt gegebenen Preislisten die Qualifikation von abgestimmten Verhaltensweisen im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG erreichen.

86. Die Frage, unter welchen Umständen eine Empfehlung den Tatbestand einer abgestimmten Verhaltensweise im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG erfüllt, ist in der Lehre und der Praxis umstritten.

87. Nach einer Lehrmeinung³⁸ sind Empfehlungen dann unter den Tatbestand von Art. 4 Abs. 1 KG zu subsumieren, wenn sie von den Empfängern tatsächlich befolgt werden und dadurch ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken indiziert wird. Wird die Empfehlung nicht befolgt, fehlt es am Tatbestandelement des bewussten und gewollten Zusammenwirkens. Gemäss dieser Lehrmeinung genügt es für das Vorliegen einer Wettbewerbsabrede – entgegen des Wortlauts des Gesetzes – nicht, dass die Empfehlung zwar eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt, von den Empfängern jedoch nicht befolgt wird.

³⁵ Vgl. SHK-KÖCHLI/REICH (Fn 17), Art. 4 N 14.

³⁶ MARC AMSTUTZ/MANI REINERT, Vertikale Preis- und Gebietsabreden – eine kritische Analyse von Art. 5 Abs. 4 KG, in: Kartellgesetzrevision 2003, Stoffel/Zäch (Hrsg.), 2004, 87; PATRICK L. KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 5 N 512.

³⁷ Botschaft KG 1994 (Fn 12), 545; BSK KG- KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 36), Art. 5 N 515.

³⁸ JÜRIG BORER, Wettbewerbsrecht I, 3. Aufl. 2011, Art. 4 Abs. 1 N 11, der lediglich horizontale Preisempfehlungen anspricht; SHK-KÖCHLI/REICH (Fn 17), Art. 4 N 15 f.; BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 18), Art. 4 Abs. 1 N 120; BRUNO SCHMIDHAUSER, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (Hrsg.), 1997, Art. 4 N 36 ff.; ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl. 2005, N 375.

88. Eine andere Lehrmeinung differenziert nach horizontalen und vertikalen Preisempfehlungen. Nach dieser Lehrmeinung³⁹ kann bei vertikalen Preisempfehlungen nur dann von einer abgestimmten Verhaltensweise ausgegangen werden, wenn die Händler in der Preisgestaltung nicht frei sind, weil der Hersteller beispielsweise (aus eigenem Antrieb oder auf Druck anderer Händler hin) Zwang ausübt oder Anreize für die Einhaltung der Preisempfehlung setzt und die Händler (infolgedessen) die Preise gemäss der Preisempfehlung festsetzen.

89. Gemäss der Praxis der WEKO können bei der Prüfung einer vertikal abgestimmten Verhaltensweise neben dem Befolungsgrad 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. Von Bedeutung ist insbesondere auch die Interessenlage der Empfehlungsempfänger.⁴⁰

90. Gemäss der europäischen Regelung stellen Preisempfehlungen schliesslich dann eine Kernbeschränkung (sog. schwarze Klausel) dar und sind somit ohne Möglichkeit der Gruppenfreistellung vom Kartellverbot gemäss Art. 101 AEUV⁴¹ erfasst, sofern sich die Preisempfehlungen infolge der Ausübung von Druck oder der Gewährung von Anreizen durch eines der beteiligten Unternehmen tatsächlich wie Fest- oder Mindestverkaufspreise auswirken (Art. 4 lit. a Vertikal-GVO⁴²).⁴³

91. In Anbetracht des oben Ausgeführten ist zusammenfassend festzuhalten, dass ein hoher Befolungsgrad einer vertikalen Preisempfehlung eine abgestimmte Verhaltensweise indiziert. Neben dem Befolungsgrad können zusätzliche Elemente berücksichtigt werden, die darlegen, dass die Befolgung auf eine Abstimmung zurückzuführen ist.

Befolungsgrad

92. Die Preisempfehlungen von Care on Skin werden von einem bedeutenden Teil der Kosmetikinstitute eingehalten (vgl. oben, Rz 79 ff.).

93. Im vorliegenden Fall kann mangels erheblicher Wettbewerbsbeeinträchtigung der Preisempfehlungen (vgl. unten, Rz 223 f., 231 f. und 235) offen gelassen werden, ob die Preisempfehlungen Wettbewerbsabreden gemäss Art. 4 Abs. 1 KG darstellen. Aus diesem Grund wird nicht

³⁹ CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT (Fn 16), Art. 4 Abs. 1 N 56; AMSTUTZ/ REINERT (Fn 36), 91; GION GIGER, Vertikale Abreden – Entwicklungen im schweizerischen und europäischen Kartellrecht, sic! 2010, 859–876, 864.

⁴⁰ Zum Ganzen RPW 2010/4, 661 Rz 106, 665 ff. Rz 134 ff., *Hors-Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra*. Anzumerken bleibt, dass dieser Entscheid noch unter der alten Bekanntmachung der WEKO vom 2.7.2007 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (aVertBek) erging (RPW 2007/4, 675 ff.).

⁴¹ Konsolidierte Fassung des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union vom 13.12.2007 (Vertrag von Lissabon), ABl. C 115 vom 9.5.2008 S. 47 ff. (nachfolgend: AEUV).

⁴² Verordnung (EU) Nr. 330/2010 der Kommission vom 20.4.2010 über die Anwendung von Art. 101 Abs. 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen (Vertikal-GVO), ABl. L 102 vom 23.4.2010 S. 1.

⁴³ Vgl. hierzu CHRISTIAN BAHR, in: Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 1, Deutsches Kartellrecht, Langen/Bunte (Hrsg.), 11. Aufl. 2010, Anhang zu §§ 1 und 2 GWB / Vertikale Fallgruppen, 336 Rz 283; REINHARD ELLGER, in: Wettbewerbsrecht, Band 1, EU / Teil 1 – Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), 5. Aufl. 2012, Art. 4 Vertikal-GVO, 1096 Rz 24; STEFFEN NOLTE, in: Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 2, Europäisches Kartellrecht, Langen/Bunte (Hrsg.), 11. Aufl. 2010, Art. 81 Fallgruppen – Vertikale Kooperationsformen, 350 ff. Rz 509 ff.; DANIEL ZIMMER, in: Wettbewerbsrecht Band 1, EU / Teil 1 – Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), 5. Aufl. 2012, Art. 101 Abs. 1 AEUV – Beispiele, Fallgruppen, 277 f. Rz 277.

dargelegt, wie hoch der Befolgungsgrad sein muss, damit von einer abgestimmten Verhaltensweise gesprochen werden kann.⁴⁴

Zusätzliche Elemente

94. Care on Skin gab im Rahmen der Parteieinvernahme an, dass sie nicht beeinflussen könne, ob ihre Abnehmer die Produkte zu Preisen über oder unter den Richtpreisen verkaufen würden. In den Antworten auf den Fragebogen des Sekretariats betonte Care on Skin erneut, dass es den Abnehmern immer frei gestanden habe, die Produkte zu höheren oder tieferen Preisen zu verkaufen.

95. Diese Aussage deckt sich mit den Antworten der Kosmetik institute. Die Frage des Sekretariats, ob die Einhaltung der Preisliste mit finanziellen Vorteilen verbunden sei, verneinten 27 Kosmetik institute, sechs Kosmetik institute beantworteten die Frage nicht. Auf die Frage, ob Nachteile drohten, falls die Preisliste nicht eingehalten werde, gaben 21 Kosmetik institute an, dass keine Nachteile drohten. Vier konnten keine Angabe machen mit der Begründung, dass sie sich an die Preisliste halten würden. Sieben liessen die Frage offen und eines hielt fest, dass Nachteile drohen würden, was auch richtig sei. Auf Nachfrage ergänzte das betreffende Kosmetik institut, dass es die Produkte gemäss Kooperationsvereinbarung nicht teurer verkaufen dürfe als auf der Preisliste angegeben. Bei Nichteinhaltung der Preisliste könne das Produkt entzogen werden. Diese Einschätzung beruhe auf der ihm mündlich zugegangenen Information, wonach ein Kosmetik institut die Produkte 25 % teurer als auf der Preisliste angegeben verkauft habe, was zur Folge gehabt habe, dass das entsprechende Kosmetik institut nicht mehr beliefert worden sei. Das Kosmetik institut selber habe aber nie Druck seitens von Care on Skin in Bezug auf die Einhaltung der Preisliste erfahren. Das besagte Kosmetik institut lieferte folglich keine substantiierten Anhaltspunkte, dass die Einhaltung der Preisempfehlungen mittels der Ausübung von Druck oder der Gewährung von Anreizen zu erreichen versucht wurde.

96. Aus dem Fragebogen von Care on Skin geht jedoch hervor, dass Care on Skin die aus eigener Initiative erstellte Preisliste an ihre Abnehmer abgegeben hat, weil sich diese eine Orientierungshilfe bei der Preissetzung gewünscht hätten. Bei Empfehlungen, die auch oder sogar überwiegend im Interesse der Empfänger abgegeben werden, liegt eine Abstimmung der Verhaltensweise nahe.⁴⁵

97. Die Marktrecherchen des Sekretariats haben zudem ergeben, dass Kosmetik institute die Preisempfehlungen von Care on Skin vor der Anpassung der Preislisten und dem Rundschreiben von Care on Skin (vgl. oben, Rz 78) häufig als verbindlich erachteten. So gaben 15 Kosmetik institute an, die Preisempfehlungen von Care on Skin seien verbindlich, elf Kosmetik institute verneinten die Frage (vgl. unten, Rz 178).⁴⁶

98. Mangels erheblicher Wettbewerbsbeeinträchtigung der Preisempfehlungen von Care on Skin (vgl. unten, Rz 223 f., 231 f. und 235) wird die Frage, ob in casu zusätzliche Elemente vorliegen, offen gelassen. Es bleibt darauf hinzuweisen, dass Care on Skin ihre Abnehmer (Kosmetik institute) auf Empfehlung des Sekretariats hin schriftlich darauf aufmerksam machte, dass die Preisempfehlungen unverbindlich sind, und sämtliche Preislisten entsprechend überarbeitet hat.

⁴⁴ SCHMIDHAUSER (Fn 38), Art. 4 N 42.

⁴⁵ RPW 2010/4, 665 Rz 135, *Hors-Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra* (Entscheidung noch nicht rechtskräftig).

⁴⁶ Sieben Kosmetik institute gaben keine (verwertbaren) Antworten auf die Frage, ob die Preisempfehlungen von Care on Skin verbindlich sind.

Fazit

99. Die Preisempfehlungen, welche Care on Skin ihren Abnehmern abgibt, werden von einem bedeutenden Teil der Kosmetikinstitute eingehalten. Ein hoher Befolgungsgrad von Preisempfehlungen deutet auf eine abgestimmte Verhaltensweise hin. Es wurden keine Anhaltspunkte gefunden, dass die Einhaltung der Preisempfehlungen von Care on Skin mit Druck, Anreizen oder anderen zusätzlichen Elementen⁴⁷ verbunden ist. Die Abgabe der Preisempfehlungen ist hingegen zumindest auch im Interesse der Kosmetikinstitute.

100. Mangels erheblicher Wettbewerbsbeeinträchtigung der Preisempfehlungen, welche Care on Skin an ihre Händler abgibt (vgl. unten, Rz 223 f., 231 f. und 235), wird im vorliegenden Fall offen gelassen, ob die Preisempfehlungen als abgestimmte Verhaltensweisen im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren sind.

B.3.1.1.3. Abreden über die Behinderung des Online-Handels

101. Der Vertriebsvertrag Dermalogica-Care on Skin enthielt in Bezug auf Online-Verkäufe folgende Bestimmung:

„34. [Verbot des Online-Handels]“

102. Das oben zitierte Verbot des Online-Handels galt zumindest vom Abschluss des Vertriebsvertrags Dermalogica-Care on Skin am 1. Januar 2011 bis zum Abschluss des Nachtrags zum Vertriebsvertrag Dermalogica-Care on Skin am 9. respektive 11. November 2011. Die Vertriebsverträge zwischen Dermalogica und ihren ausländischen Vertriebspartnern⁴⁸ enthalten hingegen keine Klausel, die den Online-Handel behindern würde.

103. Die Kooperationsvereinbarung zwischen Care on Skin und ihren Abnehmern (nachfolgend: alte Kooperationsvereinbarung), welche am 9. November 2011 durch eine überarbeitete Version (nachfolgend: neue Kooperationsvereinbarung) ersetzt wurde, untersagte es den Abnehmern ausdrücklich, Dermalogica-Produkte über das Internet zu verkaufen. Die alte Kooperationsvereinbarung mit dem Verbot des Online-Handels galt mindestens im Zeitraum vom Herbst 2006 bis zur Einführung der neuen Kooperationsvereinbarung am 9. November 2011. In der neuen Kooperationsvereinbarung wurde das Verbot von Online-Verkäufen gestrichen.

104. Dermalogica gab im Fragebogen an, dass es sich beim Verbot des Online-Handels im Vertriebsvertrag zwischen Dermalogica und Care on Skin um ein administratives Versehen handle. Man habe nie die Absicht gehabt, ein Verbot des Online-Handels einzuführen respektive durchzusetzen. Als man den Fehler entdeckt habe, sei er sofort korrigiert worden. Am 9. November 2011 unterzeichnete Dermalogica und zwei Tage später Care on Skin den Nachtrag zum Vertriebsvertrag Dermalogica-Care on Skin, welcher rückwirkend auf den 1. Mai 2011 in Kraft treten sollte. In diesem Nachtrag wurde u.a. das Verbot des Online-Handels aufgehoben.

105. Care on Skin bringt in ihrer Stellungnahme zur Untersuchungseröffnung vom 2. Dezember 2011 vor, dass die Verbote des Online-Handels in den Vertriebsverträgen für Dermalogica-Produkte weder im europäischen Ausland noch in den USA oder der Schweiz als solches verstanden worden sei.

⁴⁷ RPW 2010/4, 663 ff. Rz 123 ff., *Hors-Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra* (Entscheid noch nicht rechtskräftig).

⁴⁸ Die Aussage basiert auf dem Vertriebsvertrag von Dermalogica mit ihrer deutschen Tochtergesellschaft vom 1.1.2006. Gemäss Angaben von Dermalogica bestehen in den europäischen Ländern und insbesondere in den Nachbarländern der Schweiz vergleichbare Verträge.

106. Für die Beurteilung des Vorliegens einer Abrede spielen diese Vorbringen keine Rolle. Dermalogica und Care on Skin bringen nicht vor, dass die Vertriebsverträge nicht rechtsgültig zustande gekommen seien. Ebenso fehlen Hinweise (wie beispielsweise Protokolle, Besprechungsnotizen, Korrespondenz), welche auf eine Ausserkraftsetzung der Verträge schliessen liessen.

107. Infolgedessen bestanden sowohl zwischen Dermalogica und Care on Skin als auch zwischen Care on Skin und ihren Abnehmern ausdrückliche Vereinbarungen, welche ein Verbot des Online-Handels vorsahen und als bewusstes und gewolltes Zusammenwirken im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG einzustufen sind.

B.3.1.2. Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung

108. Gemäss Art. 4 Abs. 1 KG genügt es, dass die Abrede eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt. Dem Wortlaut der Bestimmung lässt sich entnehmen, dass nicht beide Tatbestandselemente kumulativ erfüllt sein müssen. Erforderlich ist allerdings, dass sich die Wettbewerbsbeschränkung kausal auf die Wettbewerbsabrede zurückführen lässt.⁴⁹

109. Auch wenn Art. 4 Abs. 1 KG von „bezwecken“ spricht, ist die schwer nachweisbare subjektive Absicht der Abredeteiligen nicht relevant. Vielmehr genügt es für die Unterstellung unter Art. 4 Abs. 1 KG, wenn der Inhalt der Abrede objektiv geeignet ist, eine Wettbewerbsbeschränkung durch Ausschaltung oder Beseitigung eines Wettbewerbsparameters herbeizuführen (objektiver Zweckbegriff). Eine tatsächliche Beeinflussung des Marktes ist hingegen nicht notwendig.⁵⁰

110. Eine Abrede bewirkt eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn im Markt eine Wirkung nachgewiesen werden kann, die auf ein koordinierendes Verhalten unter den beteiligten Unternehmen zurückzuführen ist.⁵¹

B.3.1.2.1. Abreden über absoluten Gebietsschutz

111. Die Gebietsabreden zwischen Dermalogica und ihren unabhängigen ausländischen Distributoren, welche vorsahen, dass Dermalogica-Produkte nicht in Gebiete ausserhalb des EWR exportiert werden dürfen (vgl. oben, Rz 61 ff.), waren objektiv geeignet, Parallelimporte in die Schweiz zu verhindern und somit den Wettbewerb zu beschränken. Ebenso war das Vertriebssystem basierend auf der zwischen Dermalogica und ihren Tochtergesellschaften vereinbarten Überbindung der Exportverbote auf Abnehmer (vgl. oben, Rz 61 ff.) objektiv geeignet, Parallelimporte in die Schweiz zu verhindern und hiermit den Wettbewerb zu beschränken. Es kann deshalb davon ausgegangen werden, dass die besagten Abreden zumindest eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckten.

B.3.1.2.2. Preisempfehlungen

112. Im vorliegenden Fall kann mangels erheblicher Wettbewerbsbeschränkung der Preisempfehlungen, welche Care on Skin an ihre Händler abgibt (vgl. unten, Rz 223 f., 231 f. und 235), offen gelassen werden, ob diese Preisempfehlungen eine Beschränkung des Intra-brand-Preiswettbewerbs bezwecken oder bewirken.

⁴⁹ BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 18), Art. 4 Abs. 1 N 68 m.w.N.

⁵⁰ Zum Ganzen SHK-KÖCHLI/REICH (Fn 17), Art. 4 N 24; BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 18), Art. 4 Abs. 1 N 69 ff.; BRUNO SCHMIDHAUSER (Fn 38), Art. 4 N 28.

⁵¹ SHK-KÖCHLI/REICH (Fn 17), Art. 4 N 25; BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 18), Art. 4 Abs. 1 N 75.

B.3.1.2.3. Abreden über die Behinderung des Online-Handels

113. Ein generelles Verbot, Produkte über das Internet zu verkaufen, ist grundsätzlich und objektiv geeignet, das Preisniveau und demzufolge (indirekt) den Wettbewerbsparameter Preis zu beeinträchtigen, da eine derartige Massnahme dazu führen kann, einen (preis-)kompetitiven Vertriebskanal auszuschalten.⁵² Sowohl der Vertriebsvertrag zwischen Dermalogica und Care on Skin als auch die alte Kooperationsvereinbarung zwischen Care on Skin und ihren Abnehmern sahen vor, dass Dermalogica-Produkte nicht online verkauft werden durften. Aus dem Gesagten folgt, dass die entsprechenden Vertragsklauseln objektiv geeignet waren, den Wettbewerbsparameter Preis zu beeinträchtigen und somit eine Wettbewerbsbeschränkung herbeizuführen. Auch die Vertragsklauseln betreffend eine Beschränkung des Online-Handels bezweckten demnach eine Wettbewerbsbeschränkung.

B.3.1.2.4. Fazit

114. Die WEKO stellt folgende Abreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG fest:

- Abreden zwischen Dermalogica und ihren unabhängigen ausländischen Vertriebspartnern betreffend Exportverbote und die Überbindung der Exportverbote auf Abnehmer (vgl. oben, Rz 61 ff.);
- Vertriebssystem basierend auf der zwischen Dermalogica und ihren Tochtergesellschaften vereinbarten Überbindung der Exportverbote auf Abnehmer (vgl. oben, Rz 61 ff.);
- Abreden zwischen Dermalogica und Care on Skin sowie zwischen Care on Skin und ihren Abnehmern betreffend Verbote des Online-Handels (vgl. oben, Rz 101 ff.).

115. Ob die Preisempfehlungen, welche Care on Skin ihren Abnehmern abgibt, den Tatbestand der Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG erfüllen, wird mangels erheblicher Wettbewerbsbeeinträchtigung dieser Preisempfehlungen (vgl. unten, Rz 223 f., 231 f. und 235) offen gelassen.

B.3.2. Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs

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

117. Vorliegend kommen Gebietsabreden, Abreden über Preisempfehlungen, die Preisabreden darstellen, und über eine Behinderung des Online-Handels in Frage, weshalb nachfolgend die Tatbestandselemente der entsprechenden Abreden geprüft werden.

B.3.2.1. Vorliegen von Abreden nach Artikel 5 Absatz 4 KG

118. Unter den gesetzlichen Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG fallen Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen über Mindest- oder Festpreise sowie Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese Gebiete durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden (sog. absoluter Gebietsschutz).

⁵² RPW 2011/3, 379 Rz 55 ff., *Behinderung des Online-Handels*.

B.3.2.1.1. Abreden über absoluten Gebietsschutz

B.3.2.1.1.1. Vertikale Abrede in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten

119. Zunächst setzt absoluter Gebietsschutz im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten voraus.

Vertikale Abrede

120. Für die Definition der Wettbewerbsabrede wird nach oben verwiesen (vgl. Rz 55 ff.). Als vertikale Wettbewerbsabreden gelten Abreden von Unternehmen verschiedener Marktstufen, die Geschäftsbedingungen betreffen, zu denen die beteiligten Unternehmen bestimmte Waren oder Dienstleistungen beziehen, verkaufen oder weiterverkaufen können (Ziff. 1 VertBek).

121. Das Vertriebssystem von Dermalogica in Europa ist so aufgebaut, dass Dermalogica in jedem Land einen Distributor einsetzt, der die Produkte innerhalb des Landes über ein selektives Vertriebssystem vertreibt. In Deutschland und im Vereinigten Königreich ist Dermalogica mit einer Tochtergesellschaft vertreten, in Frankreich und Monaco, Belgien, den Niederlanden, Kroatien, Tschechien und der Slowakei, Dänemark, Finnland, Griechenland, Norwegen, Malta, Polen, Portugal, Slowenien, Spanien, Schweden und der Türkei vertreiben unabhängige Generalimporteure die Produkte (vgl. Fn 19).

122. Die Exportverbotsklauseln gemäss Ziff. 4 (vgl. oben, Rz 61) sind Teil der Vertriebsverträge zwischen Dermalogica und ihren unabhängigen ausländischen Distributoren. Die Überbindung der Exportverbote auf Abnehmer im Sinne von Ziff. 5 finden sich einerseits in den Vertriebsverträgen zwischen Dermalogica und ihren unabhängigen ausländischen Vertriebspartnern und andererseits in den Vertriebsverträgen zwischen Dermalogica und ihren Tochtergesellschaften. Die dem Kartellgesetz unterstehenden Vertragsklauseln (vgl. oben, Rz 63 und 65) finden sich somit in Vertriebsverträgen zwischen Dermalogica und ihren unabhängigen ausländischen Distributoren respektive Tochtergesellschaften, womit es sich um Abreden zwischen einem herstellenden Unternehmen und seinen Abnehmern handelt. Diese Abreden werden folglich zwischen Unternehmen gemäss Art. 2 Abs. 1 und 1^{bis} KG (vgl. oben, Rz 45) verschiedener Marktstufen im Sinne von Ziff. 1 VertBek getroffen.

123. Mit den Exportverbotsklauseln (Ziff. 4 Vertriebsverträge Dermalogica-ausländische Abnehmer) und den Klauseln betreffend die Überbindung der Exportverbote auf Abnehmer (Ziff. 5 Vertriebsverträge Dermalogica-ausländische Abnehmer) wird geregelt, in welche Länder die Abnehmer von Dermalogica respektive die Kunden der Abnehmer die Produkte verkaufen respektive eben nicht verkaufen dürfen. Die Vertragsklauseln betreffen folglich die Geschäftsbedingungen über den Verkauf oder Weiterverkauf der Vertragsware gemäss Ziff. 1 VertBek.

124. Das Vertriebssystem basierend auf der zwischen Dermalogica und ihren Tochtergesellschaften vereinbarten Überbindung der Exportverbote auf Abnehmer (Ziff. 5) stellt somit eine vertikale Abrede dar. Zwischen Dermalogica und ihren unabhängigen, ausländischen Distributoren bestehen vertikale Abreden sowohl in Bezug auf Exportverbote (Ziff. 4) als auch auf eine Überbindung der Exportverbote (Ziff. 5).

Zuweisung von Gebieten

125. Art. 5 Abs. 4 KG erfasst jede Art von geografischer Aufteilung von Absatzgebieten.⁵³ Die Bildung von geografischen Verkaufsgebieten muss kausal auf eine Zuweisung des Herstellers

⁵³ Zum Ganzen KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 36), Art. 5 N 528.

zurückzuführen sein.⁵⁴ Art. 5 Abs. 4 KG erfasst aber sowohl die direkte als auch die indirekte Zuweisung von Gebieten (Ziff. 10 Abs. 2 VertBek).

126. Mit den Exportverbotsklauseln gemäss Ziff. 4 der Vertriebsverträge Dermalogica-ausländische Abnehmer verbietet Dermalogica ihren unabhängigen, ausländischen Vertriebspartnern Lieferungen von Dermalogica-Produkten an Abnehmer ausserhalb des EWR. Sie weist ihren ausländischen Vertriebspartnern somit das Verkaufsgebiet des EWR zu und schliesst sie u.a. vom Verkauf in die Schweiz aus, welche sie Care on Skin zugewiesen hat. Mittels Ziff. 5 der Vertriebsverträge Dermalogica-ausländische Abnehmer weist Dermalogica ihre Tochtergesellschaften und ihre unabhängigen ausländischen Vertriebspartner an, das Exportverbot in Gebiete ausserhalb des EWR ihren Abnehmern zu überbinden. Auch die Abnehmer der Tochtergesellschaften und der unabhängigen ausländischen Distributoren sollen ihre Verkaufsaktivitäten folglich auf das Gebiet des EWR beschränken und die Ware u.a. nicht in die Schweiz exportieren, womit Gebiete zugewiesen werden.

Vertriebsvertrag

127. Der Begriff Vertriebsvertrag wird extensiv ausgelegt. Es fallen einerseits jegliche Vertriebsverträge darunter, unabhängig davon, ob der Vertrieb selektiv oder exklusiv organisiert ist. Andererseits sind auch Vertriebsklauseln darunter zu subsumieren, die Bestandteil eines umfassenden Vertrags sind (z.B. eines Franchise- oder Lizenzvertrags).⁵⁵

128. Dermalogica bezeichnet den Vertrag zwischen sich und ihren ausländischen Distributoren selbst ausdrücklich als Vertriebsvertrag.

Fazit

129. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass es sich bei Ziff. 4 und 5 der Vertriebsverträge zwischen Dermalogica und ihren unabhängigen ausländischen Vertriebspartnern um vertikale Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten handelt. Das Vertriebssystem basierend auf der zwischen Dermalogica und ihren Tochtergesellschaften vereinbarten Überbindung der Exportverbote auf Abnehmer (Ziff. 5) ist ebenfalls als vertikale Abrede in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten zu qualifizieren.

B.3.2.1.1.2. Ausschluss von Verkäufen durch gebietsfremde Vertriebspartner

130. Gemäss Art. 5 Abs. 4 KG wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs vermutet bei Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden (sog. absoluter Gebietsschutz).

Ausschluss von Verkäufen

131. Im Vordergrund des Tatbestands von Art. 5 Abs. 4 KG steht der Ausschluss von passiven Verkäufen (Ziff. 10 Abs. 1 lit. b VertBek). Unter passivem Verkauf ist in Bezug auf den vorliegenden Sachverhalt die Erfüllung unaufgeforderter Bestellungen einzelner Kunden (Endkunden oder Händler) aus einem Gebiet zu verstehen, das der Anbieter sich selbst vorbehalten oder ausschliesslich einem anderen Händler zugewiesen hat (Ziff. 3 VertBek).

132. Die besagte Exportverbotsklausel gemäss Ziff. 4 der Vertriebsverträge Dermalogica-ausländische Abnehmer (vgl. oben, Rz 61) untersagt es den unabhängigen ausländischen Distributoren, Dermalogica-Produkte ausserhalb des EWR zu vertreiben. Ziff. 5 der Vertriebsverträge

⁵⁴ KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 36), Art. 5 N 530.

⁵⁵ Zum Ganzen KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 36), Art. 5 N 534 ff; RPW 2010/1, 16 f. Rz 100 ff., *Gaba* (Entscheid noch nicht rechtskräftig).

Dermalogica-ausländische Abnehmer verpflichtet die unabhängigen ausländischen Vertriebspartner und die Tochtergesellschaften, ihren Abnehmern zu untersagen, Dermalogica-Produkte ausserhalb des EWR zu vertreiben. Folglich werden sowohl aktive als auch passive Verkäufe an Kunden in der Schweiz untersagt.

Verkäufe durch gebietsfremde Vertriebspartner

133. Art. 5 Abs. 4 KG setzt weiter einen Vertriebspartner voraus, der aus einem fremden Gebiet heraus Verkäufe tätigt. Im Falle eines exklusiven Vertriebssystems muss es sich um einen Händler handeln, dem der Hersteller ein eigenes Verkaufsgebiet zugewiesen hat. Gebietsfremd ist der Vertriebspartner, wenn ihm ein Gebiet ausserhalb des fraglichen Markts zugewiesen wurde.⁵⁶

134. Die Exportverbotsklauseln gemäss Ziff. 4 der Vertriebsverträge Dermalogica-ausländische Abnehmer (vgl. oben, Rz 61) betreffen Verkäufe durch Vertriebspartner von Dermalogica, welchen Gebiete im EWR zugewiesen sind, in Gebiete ausserhalb des EWR und somit auch in die Schweiz. Bei den Klauseln betreffend die Überbindung der Exportverbote gemäss Ziff. 5 der Vertriebsverträge Dermalogica-ausländische Abnehmer geht es um Verkäufe von Abnehmern von unabhängigen, ausländischen Distributoren und Tochtergesellschaften von Dermalogica, die in Gebieten des EWR tätig sind, in Gebiete ausserhalb des EWR und folglich auch in die Schweiz. Somit sind Verkäufe von gebietsfremden Vertriebspartnern betroffen.

Fazit

135. Bei den Exportverboten gemäss Ziff. 4 und der Überbindung der Exportverbote gemäss Ziff. 5 in den Vertriebsverträgen zwischen Dermalogica und ihren unabhängigen ausländischen Vertriebspartnern handelt es sich um absolute Gebietsschutzabreden nach Art. 5 Abs. 4 KG. Auch das Vertriebssystem basierend auf der zwischen Dermalogica und ihren Tochtergesellschaften vereinbarten Überbindung der Exportverbote auf Abnehmer (Ziff. 5) stellt eine absolute Gebietsschutzabrede nach Art. 5 Abs. 4 KG dar.

B.3.2.1.2. Preisempfehlungen

136. Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird gemäss Art. 5 Abs. 4 KG vermutet bei Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen über Mindest- oder Festpreise (vertikale Preisabreden). Art. 5 Abs. 4 KG umfasst auch Abreden, welche indirekt zu Mindest- oder Festpreisen führen (Ziff. 10 Abs. 2 VertBek). Ebenso fallen in Empfehlungsforn gekleidete Abreden, die auf einer Vereinbarung oder einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise beruhen und eine Festsetzung von Mindest- oder Festpreisen bezwecken oder bewirken (Ziff. 10 Abs. 3 VertBek) unter Art. 5 Abs. 4 KG. Schliesslich ist der Tatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG auch erfüllt, wenn sich die Preisempfehlungen infolge der Ausübung von Druck oder der Gewährung von Anreizen durch eines der beteiligten Unternehmen tatsächlich wie Mindest- oder Festpreise auswirken (Ziff. 15 Abs. 2 VertBek).

137. Wären die Preisempfehlungen, die Care on Skin ihren Abnehmern abgibt, als Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren, könnten sie in Anwendung von Art. 5 Abs. 4 KG eine vertikale Preisabrede darstellen.

138. Die Frage, ob die Preisempfehlungen, welche Care on Skin an ihre Händler abgibt, den Tatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG erfüllen, kann mangels erheblicher Wettbewerbsbeeinträchtigung offen gelassen werden (vgl. unten, Rz 223 f., 231 f. und 235).

⁵⁶ Zum Ganzen BSK KG–KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 36), Art. 5 N 543 ff.

B.3.2.1.3. Abreden über eine Behinderung des Online-Handels

139. Ob und inwiefern Behinderungen des Online-Handels allenfalls von Art. 5 Abs. 4 KG erfasst werden können, ist grundsätzlich anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls zu prüfen. Entscheidend ist dabei jeweils die Wirkung, die herbeigeführt wird bzw. werden kann, und nicht das dafür eingesetzte Mittel.⁵⁷

140. Ein Verbot bzw. eine Beschränkung von Internetverkäufen kann unter Umständen als vertikale Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG betrachtet werden, wenn sie von weiteren, qualifizierenden Umständen begleitet wird. So kann eine Koppelung des Verbots des Online-Handels an eine Preisempfehlung oder an eine Vereinbarung, welche die Rabattpolitik des Händlers beeinflusst, eine vertikale Preisabrede darstellen. Eine solche Preisabrede kann zudem vorliegen, wenn zusätzlich zum Verbot des Online-Handels Massnahmen wie Drohungen, Einschüchterungen, Warnungen, Strafen, Lieferverzögerungen, die Aussetzung von Lieferungen oder die Vertragskündigung bei Nichteinhaltung eines bestimmten Preisniveaus ausgesprochen respektive umgesetzt werden.⁵⁸

141. Internetverkäufe gelten gemäss Ziff. 3 VertBek als passive Verkäufe. Gemäss Ziff. 10 Abs. 1 lit. b VertBek wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG vermutet, wenn Gebiete zugewiesen und gleichzeitig Passivverkäufe an Händler oder Endkunden verboten werden. Ein Verbot von Internetverkäufen kann somit bereits ein Tatbestandselement einer unzulässigen Gebietsschutzabrede gemäss Art. 5 Abs. 4 KG erfüllen. Die wettbewerbsrechtliche Problematik eines Verbots respektive einer Beschränkung des Online-Handels ist insbesondere dann gegeben, wenn dadurch der grenzüberschreitende Warenverkehr eingeschränkt werden soll, um den Schweizer Markt abzuschotten.⁵⁹

142. Nach der Praxis sowohl der Europäischen Kommission⁶⁰ als auch der WEKO⁶¹ ist beispielsweise bei folgenden Konstellationen von einer problematischen Beschränkung des passiven Verkaufs auszugehen und eine Subsumtion unter Art. 5 Abs. 4 KG (absolute Gebietsschutzabrede) naheliegend:

- Es wird vereinbart, dass der Händler verhindert, dass Kunden aus einem anderen (Vertrags-)Gebiet seine Website einsehen können oder er auf seiner Website eine automatische Umleitung auf die Website des Herstellers oder anderer Händler einrichtet.
- Es wird vereinbart, dass der Händler Internet-Transaktionen von Konsumenten unterbricht, sobald ihre Kreditkarte eine Adresse erkennen lässt, die nicht im (Vertrags-)Gebiet des Händlers liegt.

143. Ob eine Abrede betreffend die Behinderung des Online-Handels den Tatbestand der vertikalen Preisabrede respektive des absoluten Gebietsschutzes gemäss Art. 5 Abs. 4 KG erfüllt, ist stets aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalles zu beurteilen. Als Faustregel kann jedoch festgehalten werden, dass je mehr und je einschneidendere Einschränkungen ein Hersteller seinen Händlern auferlegt, desto eher ist vom Vorliegen einer Abrede i.S.v. Art. 5 Abs. 4 KG auszugehen.⁶² Ungeachtet einer allfälligen Abrede nach Art. 5 Abs. 4 KG stellt eine Behinderung des

⁵⁷ RPW 2011/3, 381 Rz 69, *Behinderung des Online-Handels*.

⁵⁸ Zum Ganzen RPW 2011/3, 381 Rz 71, *Behinderung des Online-Handels*.

⁵⁹ RPW 2011/3, 381 Rz 73, *Behinderung des Online-Handels*.

⁶⁰ Mitteilung der EU-Kommission: Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABI. C 130 vom 19.5.2010 S. 1, Rz 52 (nachfolgend: Vertikal-Leitlinien).

⁶¹ RPW 2011/3, 381 Rz 74, *Behinderung des Online-Handels*.

⁶² Zum Ganzen RPW 2011/3, 381 Rz 75, *Behinderung des Online-Handels*.

Online-Handels eine qualitativ schwerwiegende Abrede dar (Ziff. 3 i.V.m. Ziff. 12 Abs. 2 lit. b Verbek) und kann den Tatbestand von Art. 5 Abs. 1 KG erfüllen.

144. Der Vertriebsvertrag Dermalogica-Care on Skin enthielt in Ziff. 34 ein Verbot des Online-Handels (vgl. oben, Rz 101 f.). Qualifizierende Elemente, deren Hinzutreten aus dem Verbot des Online-Handels eine Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG machen könnten (vgl. oben, Rz 140), sind keine ersichtlich. Im Vertriebsvertrag Dermalogica-Care on Skin werden Care on Skin indessen die Schweiz und Liechtenstein als Absatzgebiet zugewiesen. Auch den Tochtergesellschaften und den unabhängigen ausländischen Vertriebspartnern von Dermalogica werden Gebiete zugewiesen.⁶³ Die Frage, ob die vorliegenden Gebietszuweisungen in Kombination mit dem Verbot des Online-Handels im Vertriebsvertrag Dermalogica-Care den grenzüberschreitenden Warenverkehr einschränken, um den Schweizer Markt abzuschotten, und folglich ein qualifizierendes Element zum Verbot des Online-Handels hinzutritt, welches zu einer Subsumtion unter Art. 5 Abs. 4 KG führt, kann mangels erheblicher Wettbewerbsbeeinträchtigung (vgl. unten, Rz 236) offen gelassen werden. Somit bleibt dahingestellt, ob das einstige Verbot des Online-Handels im Vertriebsvertrag Dermalogica-Care on Skin unter Art. 5 Abs. 4 KG fällt.

145. Auch die alte Kooperationsvereinbarung zwischen Care on Skin und den Kosmetikinstituten sah vor, dass Online-Handel verboten ist (vgl. oben, Rz 103). Zudem gibt Care on Skin den Kosmetikinstituten Preisempfehlungen ab, die praktisch flächendeckend eingehalten werden (vgl. unten, Rz 177). Die alte Kooperationsvereinbarung enthielt zwar keine Elemente, welche auf eine Einschränkung des grenzüberschreitenden Warenverkehrs abzielten, doch enthalten andere Verträge im Vertriebssystem für Dermalogica-Produkte Gebietszuweisungen. Ob diese vorliegende Konstellation ausreicht, um das Verbot des Online-Handels, welches Care on Skin nach Untersuchungseröffnung aufgehoben hat (vgl. oben, Rz 103), als vertikale Preisabrede oder absoluten Gebietsschutz im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG zu qualifizieren, wird mangels Einfluss auf das Ergebnis der Untersuchung offen gelassen (vgl. unten, Rz 236).

146. Zusammenfassend wird festgehalten, dass mangels erheblicher Wettbewerbsbeeinträchtigung (vgl. unten, Rz 236) offen gelassen werden kann, ob die hier identifizierten Behinderungen des Online-Handels der Untersuchungsadressatinnen den Tatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG erfüllen. Sowohl der Vertriebsvertrag Dermalogica-Care on Skin als auch die alte Kooperationsvereinbarung zwischen Care on Skin und ihren Abnehmern wurden nach Untersuchungseröffnung angepasst (vgl. oben, Rz 102 f.), so dass der Online-Handel heute vertraglich nicht mehr untersagt ist.

B.3.2.1.4. Abredepartner und Untersuchungsadressatinnen

147. Abredepartner sind vorliegend Dermalogica, die direkten und indirekten ausländischen Vertriebspartner von Dermalogica (Generalimporteure [Distributoren] und Kosmetikinstitute), Care on Skin und die Abnehmer von Care on Skin, d.h. Kosmetikinstitute.

Care on Skin/Dermalogica

148. Aufgrund der Anzeige und von Abklärungen des Sekretariats bestanden Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung durch Care on Skin und allenfalls Dermalogica. In der Folge wurde eine Untersuchung gegen Care on Skin eröffnet. Im Zuge der Untersuchung verdichteten sich die Hinweise, dass Dermalogica an unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen beteiligt ist, was eine Ausweitung der Untersuchung auf Dermalogica zur Folge hatte.

⁶³ Diese Aussage basiert auf dem Vertriebsvertrag von Dermalogica mit ihrer deutschen Tochtergesellschaft vom 1.1.2006. Gemäss Angaben von Dermalogica bestehen in den europäischen Ländern und insbesondere in den Nachbarländern der Schweiz vergleichbare Verträge.

Ausländische Vertriebspartner von Dermalogica

149. Ebenso waren die direkten und indirekten ausländischen Vertriebspartner von Dermalogica (Generalimporteure [Distributoren] und Kosmetikinstitute) an Abreden über absoluten Gebietschutz beteiligt. Eine Untersuchung gegen sie wurde jedoch nicht eröffnet.

150. Ausschlaggebend für den Verzicht der Untersuchungseröffnung gegenüber den direkten und indirekten ausländischen Vertriebspartnern von Dermalogica war einerseits, dass die Abrede nicht im Interesse der ausländischen Vertriebspartner von Dermalogica ist. Dermalogica-Produkte waren im Ausland günstiger erhältlich als in der Schweiz (vgl. unten, Rz 186 ff.), womit für die Schweizer Abnehmer (Kosmetikinstitute und Endkunden) durchaus ein Anreiz bestand, diese bei ausländischen Händlern zu beziehen. Es sind keine Gründe ersichtlich, weshalb die Händler im EWR nicht daran interessiert sein sollten, von diesen Absatzmöglichkeiten in der Schweiz Gebrauch zu machen. Vielmehr bedeutet ein Exportverbot eine Einschränkung ihres Absatz- und Gewinnpotentials. Gewinnmaximierende Lieferanten haben üblicherweise ein Interesse daran, zusätzliche (ausländische) Kunden zu bedienen. Vor diesem Hintergrund dürften ausländische Vertriebspartner von Dermalogica ein geringeres Interesse an den absoluten Gebietsschutzabreden haben als Dermalogica. Aufgrund der asymmetrischen Interessenlage würde sich die Verhängung von Massnahmen gegen die Vertriebspartner im EWR nicht rechtfertigen. Damit erübrigt sich auch eine Ausdehnung der Untersuchung auf die Abredepartner im EWR.

151. Andererseits entspricht die Vorgehensweise, (ausländische) Wiederverkäufer bei vertraglich vereinbarten Exportverboten nicht unbedingt ins Recht zu fassen, sowohl der Praxis der WEKO⁶⁴ als auch der Europäischen Wettbewerbsbehörden⁶⁵. Diese Praxis wird im vorliegenden Fall analog auf die ausländischen Generalimporteure angewendet, da sich diese in einer vergleichbaren Situation wie Wiederverkäufer (Kosmetikinstitute) befinden. So sind die Klauseln betreffend das Exportverbot und die Überbindung des Exportverbots beispielsweise in einem Standardvertrag von Dermalogica enthalten, den die Generalimporteure akzeptieren müssen, um Vertriebspartner zu werden.

Abnehmer von Care on Skin (Kosmetikinstitute)

152. Obwohl auch die Abnehmer von Care on Skin (Kosmetikinstitute) an einer Abrede betreffend ein Verbot des Online-Handels beteiligt waren, wurde die Untersuchung gegen diese nicht eröffnet.

153. Grund hierfür ist, dass sich die Kosmetikinstitute, welche sich vertraglich zur Unterlassung des Online-Handels verpflichtet haben, in einer „take it or leave it“-Position befanden.⁶⁶ Entweder unterschrieben sie den Vertrag oder sie wurden nicht zu Abnehmern von Care on Skin.

154. Im Übrigen entspricht es der Praxis der WEKO⁶⁷ und der Europäischen Wettbewerbsbehörde⁶⁸, im Fall von Vertikalabreden die Untersuchung nicht in jedem Fall gegen die Wiederverkäufer zu eröffnen.

⁶⁴ RPW 2012/3, 551 ff. Rz 107 ff., *BMW* (Entscheid noch nicht rechtskräftig); Verfügung der WEKO vom 28.11.2011 i.S. *Nikon*, Rz 345 ff. (Entscheid noch nicht rechtskräftig), abrufbar unter <<http://www.weko.admin.ch/aktuell/00162/index.html?lang=de>>.

⁶⁵ KOMM, ABl. 2006 L 173/20, Rz 89 ff. und Rz 159 f., *SEP und andere/Automobiles Peugeot SA*; bestätigt durch Urteil des EuG vom 9.7.2009 T-450/05 *Automobiles Peugeot SA und Peugeot Nederland NV/Kommission*, Slg. 2009 II-02533; KOMM, ABl. 2001 L 59/1, Rz 174, *Opel*; KOMM, ABl. 1998 L 124/60, Rz 128 und 205, *VW*, bestätigt durch Urteil des EuGH vom 18.9.2003 C-338/00 P *Volkswagen AG/Kommission*, Slg. 2003 I-09189.

⁶⁶ Verfügung der WEKO vom 28.11.2011 i.S. *Nikon*, Rz 347 (Entscheid noch nicht rechtskräftig), abrufbar unter <<http://www.weko.admin.ch/aktuell/00162/index.html?lang=de>>.

B.3.2.1.5. Fazit

155. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die einstigen Exportverbote gemäss Ziff. 4 und die Überbindung der einstigen Exportverbote gemäss Ziff. 5 in den Vertriebsverträgen zwischen Dermalogica und ihren unabhängigen ausländischen Vertriebspartnern (vgl. oben, Rz 119 ff.) Abreden über absoluten Gebietsschutz darstellen und somit den Vermutungstatbestand im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG erfüllen. Dasselbe gilt für das Vertriebssystem basierend auf der zwischen Dermalogica und ihren Tochtergesellschaften vereinbarten Überbindung der Exportverbote auf Abnehmer (Ziff. 5).

156. Mangels erheblicher Wettbewerbsbeeinträchtigung der Preisempfehlungen, welche Care on Skin ihren Abnehmern abgibt (vgl. unten, Rz 223 f., 231 f. und 235), wird offengelassen, ob diese Preisempfehlungen Abreden über die Festlegung von Mindest- oder Festpreisen nach Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG darstellen. Aus demselben Grund wird nicht abschliessend beurteilt, ob zu den Abreden zwischen Dermalogica und Care on Skin (vgl. oben, Rz 144) sowie zwischen Care on Skin und den Kosmetikinstituten (vgl. oben, Rz 145) betreffend die Verbote des Online-Handels qualifizierende Elemente hinzutreten, die zu einer Subsumtion dieser Abreden unter Art. 5 Abs. 4 KG führen.

157. Im Folgenden wird aufgezeigt, dass die gesetzliche Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs im vorliegenden Fall widerlegt werden kann.

B.3.2.2. Widerlegung der gesetzlichen Vermutung gemäss Art. 5 Abs. 4 KG

158. Für die Widerlegung der Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs ist 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 (Ziff. 11 VertBek).

159. Im vorliegenden Fall kann die Vermutung widerlegt werden, wenn Kosmetikinstitute in der Schweiz Parallelimporte einer bestimmten Marke in genügendem Umfang tätigen bzw. tätigen konnten und wenn sich diese Kosmetikinstitute hinsichtlich eines anderen Wettbewerbsparameters – insbesondere des Preises – einen wirksamen Wettbewerb liefern (Intra- und Interbrand-Wettbewerb; vgl. Abschnitt B.3.2.2.2.). Eine zweite Möglichkeit zur Widerlegung der gesetzlichen Vermutung besteht im Nachweis eines intensiven Wettbewerbs zwischen verschiedenen Herstellern von Hautpflegeprodukten, welche primär über Kosmetikinstitute abgesetzt werden (Interbrand-Wettbewerb; vgl. Abschnitt B.3.2.2.3.). Als dritte Möglichkeit zur Vermutungswiderlegung kommt schliesslich die Kombination des vorhandenen Intra- und Interbrand-Wettbewerbs in Betracht.⁶⁹

160. Zur Prüfung der Marktverhältnisse werden vorab die relevanten Märkte in sachlicher und räumlicher Hinsicht abgegrenzt.

⁶⁷ Verfügung der WEKO vom 20.8.2012 i.S. Altimum SA (früher: Roger Guenat SA), Rz 127 (Entscheid noch nicht rechtskräftig), abrufbar unter <<http://www.weko.admin.ch/aktuell/00162/index.html?lang=de>>; RPW 2012/3, 551 ff. Rz 107 ff., *BMW* (Entscheid noch nicht rechtskräftig); Verfügung der WEKO vom 28.11.2011 i.S. Nikon, Rz 345 ff. (Entscheid noch nicht rechtskräftig), abrufbar unter <<http://www.weko.admin.ch/aktuell/00162/index.html?lang=de>>.

⁶⁸ KOMM, ABl. 2007 L 330/44, Rz 1, *Opel*; KOMM, ABl. 2007 L 317/76, Rz 1, *DaimlerChrysler*; KOMM, ABl. 2007 L 332/77, Rz 1, *Fiat*; KOMM, ABl. 2007 L 329/52, Rz 1, *Toyota*.

⁶⁹ Vgl. auch RPW 2010/1, 85 Rz 171 und 103 Rz 300, *Gaba* (Entscheid noch nicht rechtskräftig).

B.3.2.2.1. Relevante Märkte

B.3.2.2.1.1. Sachlich relevante Märkte

161. 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 VKU⁷⁰, analog).

Bisherige Praxis der WEKO und der EU-Kommission im Kosmetikbereich

162. Im Fall ASCOPA wurden Kosmetik- und Parfümerieprodukte in Übereinstimmung mit der EU-Praxis in die Produktmärkte Parfüms, Make-up und Pflege eingeteilt.⁷¹ Ob die Märkte weiter segmentiert werden sollten, wurde mangels Einfluss auf das Ergebnis der Untersuchung offen gelassen.⁷² Allerdings wurde entsprechend der europäischen Rechtsprechung eine weitere Unterteilung in ein Luxussegment und ein Massenmarktsegment vorgenommen.⁷³ Luxusprodukte unterscheiden sich bezüglich Qualität, Art der Distribution, Preis, Marke, Verpackung, Werbestrategie und Ausgestaltung der Verkaufspunkte von Massenmarktprodukten.⁷⁴

163. Die EU-Kommission hat in ihren Zusammenschlussentscheiden bisher regelmässig auf die Möglichkeit einer Segmentierung des Marktes für Kosmetik- und Parfümerieprodukte nach Verwendungszweck (z.B. Gesichtspflege, Handpflege, Körperpflege etc.) hingewiesen. Mangels Einfluss auf das Ergebnis hat sie diese Marktsegmente bisher nicht abschliessend definiert.⁷⁵ Ebenfalls offen gelassen hat sie die Frage, ob eine Unterteilung nach Vertriebskanälen angezeigt ist.⁷⁶

Marktabgrenzung im vorliegenden Fall

164. Vorliegend sind Hautpflegeprodukte (Reiniger, Feuchtigkeitscremen, Lichtschutz, Masken etc.), die primär über Kosmetikinstitute und Hotel Spas abgesetzt werden, von allfälligen unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen betroffen. Teilweise werden die Produkte auch über Ärzte und vereinzelt über Apotheken vertrieben, jedoch in aller Regel nicht über Detailhandelsgeschäfte. Die Marken, die üblicherweise in Detailhandelsgeschäften (Warenhäuser, Parfümerien etc.) vorzufinden sind, wie etwa Estée Lauder oder Lancaster, werden typischerweise nicht über Kosmetikinstitute vertrieben.

165. Marktgegenseite der Hersteller dieser Hautpflegeprodukte sind deshalb primär Kosmetikinstitute und Hotel Spas. Diese beiden Absatzkanäle werden zwecks Vereinfachung im Folgenden unter den Begriff „Kosmetikinstitute“ subsumiert, da die Produkte in Hotels meist über ein hotelei-

⁷⁰ Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

⁷¹ RPW 2011/4, 592 Rz 453, ASCOPA (Entscheid noch nicht rechtskräftig); KOMM, COMP/M.5068, 17.6.2008, *L'Oréal/YSL Beauté*, Rz 9.

⁷² RPW 2011/4, 594 Rz 463 f., ASCOPA (Entscheid noch nicht rechtskräftig).

⁷³ RPW 2011/4, 594 ff. Rz 466 ff., ASCOPA (Entscheid noch nicht rechtskräftig); KOMM, COMP/M.5068, 17.6.2008, *L'Oréal/YSL Beauté*, Rz 8 ff.; KOMM, 92/33/EWG, *Yves Saint Laurent Parfums*, ABl. 1992 L 12 S. 24 ff.; KOMM, 92/428/EWG, *Parfums Givenchy*, ABl. 1992 L 236 S. 11 ff.

⁷⁴ RPW 2011/4, 595 ff. Rz 476 ff., ASCOPA (Entscheid noch nicht rechtskräftig).

⁷⁵ KOMM, IV/M.186, 23.2.1992, *Henkel/Nobel*, Rz 8; KOMM, IV/M.312, 15.3.1993, *Sanofi/Yves St Laurent*, Rz 8; KOMM, IV/M.630, 18.10.1995, *Henkel/Schwarzkopf*, Rz 9 ff.; KOMM, COMP/M.2951, 27.9.2002, *A.S. Watson/Kruidvat*, Rz 13; KOMM, COMP/M.3149, 30.7.2003, *Procter & Gamble/Wella*, Rz 8, 9, 13, 15, 17 f.; KOMM, COMP/M.3643, 9.3.2005, *Sephora/El Corte Inglés/JV*, Rz 12; KOMM, COMP/M.3716, 7.4.2005, *A.S. Watson/Marionnaud*, Rz 6; KOMM, COMP/M.4193, 31.5.2006, *L'Oréal/The Body Shop*, Rz 11; KOMM, COMP/M.5068, 17.6.2008, *L'Oréal/YSL Beauté*, Rz 13, 16.

⁷⁶ KOMM, IV/M.1533, 21.6.1999, *Artemis/Sanofi Beauté*, Rz 8.

genes oder integriertes Kosmetikinstitut abgesetzt werden. Vor diesem Hintergrund ist es sachgerecht, eine Marktabgrenzung nach dem Vertriebskanal „Kosmetikinstitute“ vorzunehmen.

166. Ob innerhalb dieses Vertriebskanals weiter zu unterscheiden ist zwischen einem Massen- und einem Luxussegment – wie es bei Hautpflegeprodukten gemacht wird, die primär über den Detailhandelskanal abgesetzt werden (vgl. oben, Rz 162) – kann an dieser Stelle offen gelassen werden. Die Marktrecherchen des Sekretariats haben ergeben, dass es ein preisliches Kontinuum gibt zwischen billigeren und teureren Produktelinien, was eher gegen eine Marktsegmentierung in ein Massen- und ein Luxussegment spricht. Ein Massensegment im klassischen Sinn scheint es im Bereich der Hautpflegeprodukte, die primär über Kosmetikinstitute abgesetzt werden, schon von daher nicht zu geben, da die günstigeren Produkte in diesem Vertriebskanal bereits dem Luxussegment im Vertriebskanal Detailhandel zuzurechnen wären.

167. Schliesslich scheint eine weitere Marktsegmentierung nach Verwendungszweck (z.B. Lichtschutz, Masken etc.) nicht angezeigt zu sein, da Kosmetikinstitute in der Regel von einer Marke ein ganzes Sortiment oder zumindest einen Grossteil des Sortiments einkaufen und die meisten Lieferanten die ganze Produktpalette anbieten. Laut Aussagen der Hersteller und Kosmetikinstitute kann eine Marke im Allgemeinen denn auch sämtliche Kundenbedürfnisse abdecken. Je nach Grösse haben die Kosmetikinstitute in der Regel zwischen einer bis vier Pflegelinien im Angebot. In der Regel würden die Kosmetikinstitute zwei bis drei Marken führen, wobei eine Marke die Hauptmarke darstelle und die übrigen Nebenmarken seien.

168. Zusammenfassend wird von einem sachlich relevanten Markt für Hautpflegeprodukte, welche primär über Kosmetikinstitute abgesetzt werden, ausgegangen.

B.3.2.2.1.2. Räumlich relevante Märkte

169. Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 lit. b VKU, analog).

Bisherige Praxis der WEKO und der EU-Kommission im Kosmetikbereich

170. Im Entscheid ASCOPA hat die WEKO für Kosmetikprodukte, welche über den Detailhandelskanal (Warenhäuser, Parfümerien, Drogerien etc.) abgesetzt werden, einen nationalen Markt definiert. Begründet wurde die nationale räumliche Dimension mit nationalen Vertriebsstrukturen und einem geringen Ausmass an Parallelhandel.⁷⁷ In der EU wurde die Frage der räumlichen Marktabgrenzung bisher in der Regel offen gelassen.⁷⁸ Lediglich in einem Zusammenschlussverfahren wurden für im Detailhandel verkaufte Haarpflegeprodukte nationale Märkte abgegrenzt.⁷⁹

Marktabgrenzung im vorliegenden Fall

171. Zur Eruierung der räumlichen Dimension des Marktes für Hautpflegeprodukte, welche primär über Kosmetikinstitute abgesetzt werden, stellte das Sekretariat den Kosmetikinstituten für alle Marken in deren Angebot die folgende Frage: Würden Sie bei einer dauerhaften Erhöhung Ihres Einkaufspreises der Marke (z.B. Dermalogica) in der Schweiz um ca. 10 % – bei gleichblei-

⁷⁷ RPW 2011/4, 600 Rz 508 ff., ASCOPA (Entscheid noch nicht rechtskräftig).

⁷⁸ KOMM, IV/M.186, 23.2.1992, *Henkel/Nobel*, Rz 13; KOMM, IV/M.312, 15.3.1993, *Sanofi/Yves St Laurent*, Rz 9; KOMM, IV/M.630, 18.10.1995, *Henkel/Schwarzkopf*, Rz 15; KOMM, COMP/M.2951, 27.9.2002, *A.S. Watson/Kruidvat*, Rz 18; KOMM, COMP/M.3149, 30.7.2003, *Procter & Gamble/Wella*, Rz 19; KOMM, COMP/M.3643, 9.3.2005, *Sephora/El Corte Inglés/JV*, Rz 15; KOMM, COMP/M.3716, 7.4.2005, *A.S. Watson/Marionnaud*, Rz 8; KOMM, COMP/M.4193, 31.5.2006, *L'Oréal/The Body Shop*, Rz 13; KOMM, COMP/M.5068, 17.6.2008, *L'Oréal/YSL Beauté*, Rz 18.

⁷⁹ KOMM, COMP/M.3149, 30.7.2003, *Procter & Gamble/Wella*, Rz 28.

benden ausländischen Preisen der fraglichen Marke (z.B. Dermalogica) – die Marke (z.B. Dermalogica) vermehrt importieren? Die Frage wurde mehrheitlich verneint. Für die Marke Dermalogica verneinten 19 von 27 verwertbaren Antworten die Frage, während deren acht angaben, (allenfalls) Importe zu tätigen. Für die übrigen Marken sind mangels einer genügenden Zahl an Antworten keine aussagekräftigen Aussagen möglich. Jene Kosmetikinstitute, die angaben, im Falle einer dauerhaften Erhöhung des Einkaufspreises um 10 % vermehrt zu importieren, nannten primär Deutschland und die USA als mögliche Importländer.

172. Es stellt sich die Frage, ob die rund 30 % (=8/27) der befragten Kosmetikinstitute, welche bei einer dauerhaften Preiserhöhung in der Schweiz vermehrt Importe ins Auge fassen würden, ausreichen würden, um eine Preiserhöhung in der Schweiz bei unveränderten Preisen im Ausland unprofitabel zu machen. Wenn dies der Fall wäre, wäre der räumlich relevante Markt gemäss dem „Small but Significant Non-transitory Increase in Price“-Test (SSNIP-Test)⁸⁰ weiter als die Schweiz abzugrenzen. Die Frage kann an dieser Stelle mangels verfügbarer Informationen – insbesondere zu den Kostenstrukturen⁸¹ der Hersteller der verschiedenen Kosmetikmarken – nicht beantwortet werden. Allerdings suggerieren die folgenden Marktinformationen, dass Kosmetikinstitute in der Schweiz entgegen ihren Aussagen auch bei einer inländischen Preiserhöhung um 10 % nicht vermehrt importieren würden:

173. Das Sekretariat fragte Kosmetikinstitute, welche v.a. Dermalogica, aber auch andere Marken im Angebot haben, nach deren Importtätigkeiten in den Jahren 2009-2011. Hierzu sei vorausgeschickt, dass laut Angaben der Marktteilnehmer – je nach Marke – internationale Preisunterschiede von bis zu 20 % bestehen; ein Import könnte sich bei gewissen Marken unter Abstrahierung allfälliger Transaktionskosten (Suchkosten, Transportkosten etc.) also durchaus lohnen (siehe weitere Ausführungen dazu hinten, Rz 186 ff.).

174. Von 33 befragten Kosmetikinstituten hat im Zeitraum 2009 bis 2011 lediglich ein Institut ein einziges Mal ein Dermalogica-Produkt aus [...] importiert (vgl. auch unten, Rz 194). 31 der 33 Kosmetikinstitute haben in diesem Zeitraum erst gar keinen Importversuch unternommen. Lediglich die befragten zwei Online-Shops gaben an, Parallelimporte getätigt zu haben, [...]. Kenntnisse über internationale Preisdifferenzen waren bei den befragten Kosmetikinstituten zudem nur spärlich vorhanden (vgl. unten, Rz 186 ff.), was nahelegt, dass sich die grosse Mehrheit der Kosmetikinstitute in der Vergangenheit nicht mit einem möglichen Import auseinandergesetzt hat. Dies suggeriert, dass Kosmetikinstitute in der Schweiz auch bei einer dauerhaften Preiserhöhung in der Schweiz wohl nicht in beträchtlichem Ausmass auf Importe zurückgreifen würden. Das beschriebene Einkaufsverhalten lässt auf einen nationalen Markt schliessen.

175. Zusammenfassend ist der räumlich relevante Markt für Hauptpflegeprodukte, welche primär über Kosmetikinstitute abgesetzt werden, national.

B.3.2.2.2. Intrabrand-Wettbewerb

176. Im Folgenden wird das Ausmass an Intrabrand-Wettbewerb bei der Marke Dermalogica im relevanten Produktmarkt untersucht. Hierzu wird zunächst der Intrabrand-Wettbewerb hinsichtlich Preis und Beratung analysiert (vgl. Abschnitt B.3.2.2.2.1.). Anschliessend wird untersucht, ob Parallelimporte eine (zusätzliche) disziplinierende Wirkung im relevanten Markt zeitigen (vgl. Abschnitt B.3.2.2.2.2.).

⁸⁰ Vgl. MASSIMO MOTTA, Competition Policy – Theory and Practice, Cambridge 2004, 113 f.

⁸¹ Vgl. MOTTA (Fn 80), 106, Fn 9.

B.3.2.2.2.1. Intrabrand-Wettbewerb hinsichtlich Preis und Beratung

Intrabrand-Preiswettbewerb

177. Care on Skin gibt ihren Abnehmern (Kosmetikinstituten) Preisempfehlungen ab, welche praktisch flächendeckend eingehalten werden. 28 der befragten 33 Kosmetikinstitute gaben an, die Preisempfehlungen für Dermalogica-Produkte (meistens) zu übernehmen, zwei weitere haben die Frage nicht beantwortet. Zwei Kosmetikinstitute verkaufen die Produkte teurer. Lediglich ein Kosmetikinstitut gab an, meistens günstiger anzubieten verglichen mit den Preisempfehlungen. [...] Diese Aussagen suggerieren einen schwachen Intrabrand-Preiswettbewerb bei Dermalogica-Produkten. Dieses Resultat ändert sich nicht unter Berücksichtigung der Aktionsaktivitäten der Kosmetikinstitute. Lediglich drei Kosmetikinstitute erwähnten Aktionen bei der Frage, wie sie ihren Verkaufspreis bestimmen. Zwei Kosmetikinstitute gewähren vor Weihnachten – ausgehend von den Preisempfehlungen von Care on Skin – einen Rabatt in Höhe von 10 %. Ein Kosmetikinstitut gibt auf den empfohlenen Preisen zudem einen rückwirkenden Rabatt in Höhe von [...] beim Kauf des [...] Produkts.

178. Die Marktrecherchen des Sekretariats haben zudem ergeben, dass Kosmetikinstitute die Preisempfehlungen von Care on Skin vor der Anpassung der Preislisten und dem Rundschreiben von Care on Skin (vgl. oben, Rz 78) häufig als verbindlich erachteten. So gaben 15 Kosmetikinstitute an, die Preisempfehlungen von Care on Skin seien verbindlich, elf Kosmetikinstitute verneinten die Frage.⁸²

179. Weitere Gründe für den geringen Intrabrand-Preiswettbewerb unter den Kosmetikinstituten dürften die tendenziell tiefe Preissensitivität der Endkunden sowie eine mangelnde Preistransparenz sein: Endkunden entscheiden sich in der Regel in erster Linie für ein bestimmtes Kosmetikinstitut. Erst anschliessend entscheidet sich der Kunde – etwa basierend auf einer Hautberatung der Kosmetikerin – für eine bestimmte Marke. Möglicherweise übernimmt sogar die Kosmetikerin diesen Entscheid, je nach Hautbedürfnis des Kunden. Mit anderen Worten wählen die Endkunden die Marke in der Regel entsprechend dem Angebot des Kosmetikinstituts. Damit verbunden dürfte zum einen eine tiefe Preissensitivität der Endkunden von Hautpflegeprodukten sein, die primär über Kosmetikinstitute abgesetzt werden. Zum anderen weiss der Kunde oft nicht, wie teuer die Produkte seiner Wahl bei einem anderen Kosmetikinstitut sind, was eine mangelnde Preistransparenz impliziert.

180. Das Sekretariat hat für die umsatzstärksten Produkte der Marke Dermalogica untersucht, ob allenfalls durch Online-Shops ein zusätzlicher Preisdruck entsteht. Der folgenden Tabelle 1 ist zu entnehmen, dass zwei inländische Online-Shops, die Dermalogica-Produkte parallel importieren (MrLens.ch und Geschenkidee.ch), im Mai 2012 teilweise tiefere Preise offerierten als die Kosmetikinstitute, welche sich an die Preisempfehlungen von Care on Skin hielten. Gewisse Produkte waren bei diesen Online-Shops jedoch auch teurer; im Durchschnitt⁸³ waren die Online-Shops gleich teuer bzw. 6 % teurer. Die anderen zwei betrachteten inländischen Online-Shops (beautyssima.ch und PerfectHair.ch) boten im Mai 2012 alle im Preisvergleich berücksichtigten Produkte gleich teuer oder teurer an als die Kosmetikinstitute, welche sich an die Preisempfehlungen hielten. Im Durchschnitt waren sie 4 % bzw. 6 % teurer verglichen mit den Preisempfehlungen von Care on Skin. Insgesamt vermögen die betrachteten Online-Shops keine disziplinierende Wirkung zu entfalten.

⁸² Sieben Kosmetikinstitute gaben keine (verwertbaren) Antworten auf die Frage, ob die Preisempfehlungen von Care on Skin verbindlich sind.

⁸³ Mangels Verfügbarkeit von Informationen zu den abgesetzten Mengen handelt es sich bei den angegebenen Durchschnittswerten um ungewichtete Durchschnittswerte.

Tabelle 1: Intra-Brand-Preiswettbewerb durch inländische Online-Shops

Umsatzstärkste Dermalogica-Produkte	UVP März 2012 in CHF	Verkaufspreise Online-Shops Schweiz in CHF							
		beautyssima	Δ%	MrLens	Δ%	Geschenkidee	Δ%	Perfect Hair	Δ%
Daily Microfoliant, 75 g	73.70	90.75	23%	79.10	7%	83.15	13%	76.00	3%
Super Rich Repair 50 ml	124.00	155.10	25%	99.80	-20%	120.65	-3%	129.00	4%
Skin Smooth 50 ml	59.70	73.70	23%	49.90	-16%	63.75	7%	62.00	4%
Intensive Moist (Balance) 100 ml	86.90	86.90	0%	79.60	-8%	n.a.	n.a.	94.00	8%
Dynamic Skin Recovery 50 ml	112.30	112.30	0%	80.80	-28%	91.25	-19%	119.00	6%
Skin Hydrating Booster 30 ml	94.90	94.90	0%	81.50	-14%	79.40	-16%	97.00	2%
Multivitamin Power Firm 15 ml	71.40	71.40	0%	67.10	-6%	86.25	21%	74.00	4%
Active Moist 50 ml	55.40	55.40	0%	34.50	-38%	62.50	13%	58.00	5%
Sheer Tint Moisture (Medium) 40 ml	63.40	63.40	0%	84.90	34%	61.90	-2%	n.a.	n.a.
Special Cleansing Gel 250 ml	46.00	46.00	0%	n.a.	n.a.	n.a.	n.a.	47.00	2%
Age Reversal (Eye Complex) 15 ml	79.40	99.55	25%	151.20	90%	n.a.	n.a.	82.00	3%
Multi-active Toner 250 ml	47.20	47.20	0%	72.10	53%	n.a.	n.a.	n.a.	n.a.
Overnight Clearing Gel 50 ml	67.20	n.a.	n.a.	96.30	43%	67.50	0%	n.a.	n.a.
Multivitamine Power Recovery Masque 75 ml	70.50	70.50	0%	n.a.	n.a.	n.a.	n.a.	74.00	5%
Antioxidant Hydramist 150 ml	65.30	65.30	0%	48.20	-26%	61.90	-5%	n.a.	n.a.
Oil Control 59 ml	61.50	61.50	0%	67.90	10%	59.40	-3%	n.a.	n.a.
Durchschnitt	73.68	79.59	6%	78.06	6%	76.15	0%	82.91	4%

Legende: UVP = Unverbindliche Preisempfehlungen von Care on Skin
 Δ% = Prozentualer Preisunterschied (Basis = UVP März 2012)

Lesebeispiel: beautyssima bietet das Produkt „Daily Microfoliant, 75 g“ 23 % teurer an verglichen mit der unverbindlichen Preisempfehlung von Care on Skin per März 2012.

Quelle: Angaben von Care on Skin, Erhebungen des Sekretariats im Mai 2012.

181. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass auch unter Berücksichtigung von punktuellen Aktionen und gewissen Preisunterschreitungen im Online-Handel der Intra-Brand-Preiswettbewerb bei der Marke Dermalogica basierend auf den verfügbaren Informationen als sehr bescheiden zu beurteilen ist.

Intra-Brand-Beratungswettbewerb

182. Hautpflegeprodukte wie jene der Marke Dermalogica, die über Kosmetikinstitute vertrieben werden, erfordern laut Angaben der Hersteller und Distributoren zeitintensive, wiederkehrende Schulungen der Kosmetikerinnen. Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass zwischen Kosmetikinstituten, welche die Marke Dermalogica im Sortiment haben, ein gewisser Beratungswettbewerb besteht.

Fazit

183. Der Intra-Brand-Preiswettbewerb bei Dermalogica-Produkten ist basierend auf den verfügbaren Informationen als sehr bescheiden zu qualifizieren: Die grosse Mehrheit der Kosmetikinstitute hält sich an die Preisempfehlungen von Care on Skin. Zudem dürften die Preissensitivität der Endkunden sowie die Preistransparenz aufgrund der Tatsache, dass sich die Endkunden in erster Linie für ein Kosmetikinstitut – und nicht für ein Hautpflegeprodukt einer bestimmten Kosmetikmarke – entscheiden, als eher tief einzustufen sein. Es ist jedoch davon auszugehen, dass nebst dem ungenügenden Preiswettbewerb zumindest ein gewisser Beratungswettbewerb besteht.

B.3.2.2.2. Arbitragemöglichkeiten und Parallelimporte

Vorbemerkung

184. Eine wichtige Voraussetzung für die Ausübung von Parallelhandel durch Händler und/oder Direktimporte durch Endkunden und somit für den Anreiz, den Wettbewerb auf einem Markt durch Behinderung oder Verhinderung von Parallel- und Direktimporten zu beeinträchtigen oder zu beseitigen, sind internationale Preisunterschiede bzw. Arbitragemöglichkeiten. Zunächst stellt sich deshalb die Frage, ob es sich für Schweizer Kosmetikinstitute und Endkunden aufgrund bestehender Preisdifferenzen zum Ausland lohnt, Dermalogica-Produkte (parallel) zu importieren.

185. Der Vollständigkeit halber sei angefügt, dass allenfalls festzustellende Arbitragemöglichkeiten für sich allein genommen keine Beeinträchtigung des Wettbewerbs begründen können. Hierzu bedarf es zusätzlicher Beweiselemente.

Arbitragemöglichkeiten

186. Zur Eruiierung internationaler Unterschiede bei den Einstandspreisen des Handels und den Endverkaufspreisen für Produkte der Marke Dermalogica fragte das Sekretariat Dermalogica, Care on Skin, Kosmetikinstitute und Online-Shops nach den prozentualen Einsparmöglichkeiten bei einem Bezug von Dermalogica-Produkten im Ausland.

187. Auf Stufe der Generalimporteure sind [...]. Care on Skin führte aus, die Einstandspreise des Schweizer Handels seien im Sommer 2011 infolge des Frankenhochs beträchtlich höher gewesen als im Ausland. Care on Skin habe von Juli bis September 2011 mit Rabatten reagiert. Im September 2011 habe Care on Skin die Abgabepreise an die Kosmetikinstitute offiziell angepasst, so dass das Preisniveau in der Schweiz demjenigen im europäischen Ausland entsprochen habe. 32 der 33 befragten Kosmetikinstitute gaben an, keine Kenntnisse über allfällige Einsparmöglichkeiten bei einem Bezug im Ausland zu haben. Ein Institut schätzte die Einsparmöglichkeiten auf 10–20 %, je nach Wechselkurs. Zu internationalen Preisunterschieden bei den Endverkaufspreisen machte mangels Kenntnissen kein einziges Kosmetikinstitut Angaben.

188. Basierend auf den verfügbaren Informationen ermittelte das Sekretariat die Unterschiede der Endverkaufspreise von Dermalogica-Produkten in der Schweiz, welche weitgehend den Preisempfehlungen von Care on Skin entsprechen (vgl. oben, Rz 177 ff.), und ausländischen Online-Shops für die 16 umsatzstärksten Dermalogica-Produkte per Mai 2012. Die nachfolgenden Tabellen 2 und 3 fassen die Resultate zusammen. Während Tabelle 2 die (durchschnittlichen) internationalen Preisunterschiede pro Anbieter aufzeigt, illustriert Tabelle 3 die durchschnittlichen internationalen Preisunterschiede pro Produkt sowie für die Gesamtheit der betrachteten Dermalogica-Produkte. Sämtliche Preise wurden zwecks Vergleichbarkeit Mehrwertsteuerbereinigt.

Tabelle 2: Durchschnittliche internationale Preisunterschiede pro Anbieter

Umsatzstärkste Dermalogica-Produkte	UVP März 2012 in CHF exkl. MwSt.	Verkaufspreise Online-Shops Ausland in CHF exkl. MwSt. (1 Euro = 1.2012 CHF, Kurs Mai 2012)									
		Dermedis	Δ%	skinXpert	Δ%	Pure Balances	Δ%	strawberrynet.com	Δ%	Amazon	Δ%
Daily Microfoliant, 75 g	68.24	61.07	-11%	61.07	-6%	60.46	-11%	n.a.	n.a.	69.65	2%
Super Rich Repair 50 ml	114.81	n.a.	n.a.	92.87	-40%	110.51	-4%	n.a.	n.a.	100.93	-12%
Skin Smooth 50 ml	55.28	46.94	-15%	46.94	-10%	46.94	-15%	60.06	9%	50.46	-9%
Intensive Moist (Balance) 100 ml	80.46	70.66	-12%	70.66	-9%	70.56	-12%	90.09	12%	n.a.	n.a.
Dynamic Skin Recovery 50 ml	103.98	80.65	-22%	80.75	-26%	80.65	-22%	98.50	-5%	110.23	6%
Skin Hydrating Booster 30 ml	87.87	74.60	-15%	74.70	-20%	74.60	-15%	87.69	0%	70.65	-20%
Multivitamin Power Firm 15 ml	66.11	55.01	-17%	55.01	-22%	55.01	-17%	75.68	14%	60.55	-8%
Active Moist 50 ml	51.30	39.87	-22%	39.87	-19%	39.87	-22%	57.66	12%	76.53	49%
Sheer Tint Moisture (Medium) 40 ml	58.70	42.04	-28%	n.a.	n.a.	48.40	-18%	63.66	8%	75.86	29%
Special Cleansing Gel 250 ml	42.59	35.33	-17%	n.a.	n.a.	35.28	-17%	45.65	7%	66.96	57%
Age Reversal (Eye Complex) 15 ml	73.52	63.09	-14%	63.09	-24%	63.09	-14%	82.88	13%	n.a.	n.a.
Multi-active Toner 250 ml	43.70	33.31	-24%	n.a.	n.a.	33.26	-24%	48.05	10%	n.a.	n.a.
Overnight Clearing Gel 50 ml	62.22	49.41	-21%	49.46	-20%	49.41	-21%	58.86	-5%	n.a.	n.a.
Multivitamin Power Recovery Masque 75 ml	65.28	58.04	-11%	58.04	-12%	58.04	-11%	72.07	10%	75.17	15%
Antioxidant Hydramist 150 ml	60.46	46.38	-23%	46.43	-25%	46.38	-23%	58.86	-3%	75.86	25%
Oil Control 59 ml	56.94	44.36	-22%	44.41	-18%	44.36	-22%	52.85	-7%	73.11	28%
Durchschnitt	68.22	53.38	-18%	60.25	-19%	57.30	-17%	68.04	5%	75.50	14%

Legende: UVP = Unverbindliche Preisempfehlungen von Care on Skin
 Δ% = Prozentualer Preisunterschied (Basis = UVP März 2012)

Lesebeispiel: Dermedis bietet das Produkt „Daily Microfoliant, 75 g“ 11 % billiger an verglichen mit der unverbindlichen Preisempfehlung von Care on Skin per März 2012. Über alle betrachteten Produkte hinweg offeriert Dermedis Dermalogica-Produkte durchschnittlich 18 % billiger verglichen mit dem Durchschnitt der unverbindlichen Preisempfehlungen von Care on Skin per März 2012.

Quelle: Angaben von Care on Skin, Erhebungen des Sekretariats im Mai 2012, Wechselkurs Mai 2012 abrufbar unter <<http://www.snb.ch/ext/stats/akziwe/pdf/defren/Devisenkurse.pdf>>.

189. Tabelle 2 ist zu entnehmen, dass ausländische Online-Shops Dermalogica-Produkte im Mai 2012 durchschnittlich⁸⁴ bis zu rund 20 % günstiger anboten verglichen mit dem (ungewichteten) Durchschnitt der Preisempfehlungen von Care on Skin. Allerdings fallen bei einer Bestellung Versandkosten⁸⁵ und Verzollungskosten⁸⁶ an, welche einen Import unattraktiv machen können.

⁸⁴ Mangels Verfügbarkeit von Informationen zu den abgesetzten Mengen handelt es sich bei den angegebenen Durchschnittswerten um ungewichtete Durchschnittswerte.

⁸⁵ Im Mai 2012 betragen die Versandkosten z.B. bei Dermedis (Skinexpert) EUR 16.50 (25) bis zu einem Betrag vom EUR 150 (250). Bei höheren Einkaufswerten werden keine Versandkosten erhoben.

⁸⁶ Jede Sendung aus dem Ausland ist grundsätzlich zoll- und mehrwertsteuerpflichtig und muss von der anmeldepflichtigen Person bei der Zollverwaltung zur Veranlagung angemeldet werden. Im Post- und Kurierverkehr übernimmt der Transporteur (z.B. DHL, UPS, die Schweizerische Post etc.) diese Aufgabe. Er erstellt die Zollanmeldung. Es besteht keine Wertfreigrenze wie im Reiseverkehr, sondern eine Abgabefreigrenze. Zoll- und Mehrwertsteuerbeträge werden nicht erhoben, sofern sie höchstens CHF 5 je Zollanmeldung ausmachen. Der Zollbetrag bemisst sich nach dem Bruttogewicht der Postsendung. Für Kosmetika betragen die Zollsätze weniger als CHF 1 pro Kilogramm. Die Kurierfirmen und die Post erheben für ihre Dienstleistungen im Rahmen der Zollveranlagung verschiedene Taxen. Diese Verzollungskosten sind je nach Firma verschieden. Vgl. <http://www.ezv.admin.ch/zollinfo_privat/zu_beachten/00351/index.html?lang=de> (6.2.13). So verlangt die Schweizerische Post für Sendungen aus Deutschland, Frankreich, Österreich und Italien eine Grundgebühr von CHF 12, für Sendungen aus allen anderen Ländern CHF 16.50. Hinzu kommt ein Zuschlag von 3 % des steuerbaren Warenwerts. Der maximale Verzollungspreis beträgt CHF 70. Siehe <<http://www.post.ch/post-startseite/post-privatkunden/post-empfangen/post-importverzollung.htm>> (6.2.13). Teilweise fallen die Verzollungskosten auch unabhängig vom Warenbestellwert an und können diesen sogar übersteigen. Vgl. zu den unterschiedlichen Verzollungskosten auch den Bericht der

Tabelle 3: Durchschnittliche internationale Preisunterschiede pro Produkt/für die Gesamtheit der Produkte

Umsatzstärkste Dermalogica-Produkte	UVP März 2012 in CHF exkl. MwSt.	Verkaufspreise Online-Shops Schweiz in CHF exkl. MwSt.				Verkaufspreise Online-Shops Ausland in CHF exkl. MwSt. (1 Euro = 1.2012 CHF, Kurs Mai 2012)					Durchschnitt Schweiz ungewichtet	Durchschnitt Ausland ungewichtet	Δ%
		beautyssima	MrLens	Geschenkieee	Perfect Hair	Dermedis	skineXpert	Pure Balances	strawberrynet.com	Amazon			
Daily Microfoliant, 75 g	68.24	84.03	73.24	76.99	70.37	61.07	61.07	60.46	n.a.	69.65	74.57	63.06	-15%
Super Rich Repair 50 ml	114.81	143.61	92.41	111.71	119.44	n.a.	92.87	110.51	n.a.	100.93	116.40	101.44	-13%
Skin Smooth 50 ml	55.28	68.24	46.20	59.03	57.41	46.94	46.94	46.94	60.06	50.46	57.23	50.27	-12%
Intensive Moist (Balance) 100 ml	80.46	80.46	73.70	n.a.	87.04	70.66	70.66	70.56	90.09	n.a.	80.42	75.49	-6%
Dynamic Skin Recovery 50 ml	103.98	103.98	74.81	84.49	110.19	80.65	80.75	80.65	98.50	110.23	95.49	90.16	-6%
Skin Hydrating Booster 30 ml	87.87	87.87	75.46	73.52	89.81	74.60	74.70	74.60	87.69	70.65	82.91	76.44	-8%
Multivitamin Power Firm 15 ml	66.11	66.11	62.13	79.86	68.52	55.01	55.01	55.01	75.68	60.55	68.55	60.25	-12%
Active Moist 50 ml	51.30	51.30	31.94	57.87	53.70	39.87	39.87	39.87	57.66	76.53	49.22	50.76	3%
Sheer Tint Moisture (Medium) 40 ml	58.70	58.70	78.61	57.31	n.a.	42.04	n.a.	48.40	63.66	75.86	63.33	57.49	-9%
Special Cleansing Gel 250 ml	42.59	42.59	n.a.	n.a.	43.52	35.33	n.a.	35.28	45.65	66.96	42.90	45.80	7%
Age Reversal (Eye Complex) 15 ml	73.52	92.18	140.00	n.a.	75.93	63.09	63.09	63.09	82.88	n.a.	95.41	68.04	-29%
Multi-active Toner 250 ml	43.70	43.70	66.76	n.a.	n.a.	33.31	n.a.	33.26	48.05	n.a.	51.39	38.21	-26%
Overnight Clearing Gel 50 ml	62.22	n.a.	89.17	62.50	n.a.	49.41	49.46	49.41	58.86	n.a.	71.30	51.79	-27%
Multivitamine Power Recovery Masque 75 ml	65.28	65.28	n.a.	n.a.	68.52	58.04	58.04	58.04	72.07	75.17	66.36	64.27	-3%
Antioxidant Hydramist 150 ml	60.46	60.46	44.63	57.31	n.a.	46.38	46.43	46.38	58.86	75.86	55.72	54.78	-2%
Oil Control 59 ml	56.94	56.94	62.87	55.00	n.a.	44.36	44.41	44.36	52.85	73.11	57.94	51.82	-11%
Durchschnitt											70.57	62.50	-11%

Legende: UVP = Unverbindliche Preisempfehlungen von Care on Skin
 Δ% = Prozentualer Preisunterschied (Basis = UVP März 2012)

Lesebeispiel: Das Produkt „Daily Microfoliant, 75 g“ wird im Ausland durchschnittlich 15 % billiger angeboten als in der Schweiz.

Quelle: Angaben von Care on Skin, Erhebungen des Sekretariats im Mai 2012, Wechselkurs Mai 2012 abrufbar unter <http://www.snb.ch/ext/stats/akziwe/pdf/defren/Devisenkurse.pdf>.

190. Tabelle 3 ist zu entnehmen, dass im Mai 2012 drei der untersuchten 16 umsatzstärksten Dermalogica-Produkte im Ausland durchschnittlich⁸⁷ rund 30 % billiger waren als in der Schweiz (Age Reversal [Eye Complex] 15 ml, Multi-active Toner 250 ml, Overnight Clearing Gel 50 ml). Allerdings wurden auch zwei Produkte identifiziert, die in der Schweiz durchschnittlich etwas billiger waren als im Ausland (Active Moist 50 ml, Special Cleansing Gel 250 ml). Über alle betrachteten Produkte hinweg waren die Produkte im Ausland durchschnittlich rund 10 % billiger zu kaufen (ungewichteter Preisvergleich).

191. Zusammenfassend kann basierend auf dem vorgenommenen Preisvergleich festgehalten werden, dass bei Dermalogica-Produkten gewisse internationale Unterschiede bei den Konsumentenpreisen bestehen, sie betragen im Durchschnitt rund 10 %. Basierend auf Angaben von Care on Skin dürften die Einstandspreise der Schweizer Kosmetikinstitute mit Ausnahme von währungsbedingten Unterschieden im Sommer 2011 vergleichbar sein mit jenen ausländischer Kosmetikinstitute. Auf Stufe Generalimporteur [...]. Insgesamt kann das Arbitragepotenzial bei Dermalogica-Produkten basierend auf den verfügbaren Informationen als eher bescheiden beurteilt werden.

192. Anzumerken bleibt zudem, dass die Abnehmer von Care on Skin nur über sehr rudimentäre Kenntnisse über allenfalls bestehende internationale Preisunterschiede verfügen. Dies zeigt sich auch an den geringen Importquoten, welche nachfolgend dargelegt werden.

Preisüberwachung, Frankenstärke und Preise, September 2012, 37 ff., abrufbar unter <http://www.preisueberwacher.admin.ch/dokumentation/00073/00074/00215/index.html?lang=de> (6.2.13).

⁸⁷ Mangels Verfügbarkeit von Informationen zu den abgesetzten Mengen handelt es sich bei den angegebenen Durchschnittswerten um ungewichtete Durchschnittswerte.

Ausmass Parallel- und Direktimporte

193. Zur Eruierung der Frage, ob sich Parallel- und Direktimporte disziplinierend auf den Intra-brand-Wettbewerb der Marke Dermalogica auswirken, fragte das Sekretariat Care on Skin, wie viele Prozente der jährlich von Endkunden mit Wohnsitz in der Schweiz konsumierten Produkte der Marke Dermalogica schätzungsgemäss aus Parallelimporten durch Händler und Direktimporte durch Endkunden stammen. Care on Skin konnte hierzu mangels Kenntnissen keine Angaben machen.

194. Zudem fragte das Sekretariat Kosmetik institute, ob sie im Zeitraum 2009 bis 2011 Dermalogica-Produkte aus dem Ausland importiert haben. Von 33 befragten Kosmetik instituten gaben 32 an, in diesem Zeitraum keine Importe vorgenommen zu haben. Lediglich ein Kosmetik institut bezog in diesem Zeitraum ein einziges Mal ein Dermalogica-Produkt aus [...]. Der Import sei infolge Zollkosten etc. letztendlich jedoch teurer ausgefallen als ein Direktbezug bei Care on Skin.

195. Jene Kosmetik institute, welche im Zeitraum 2009 bis 2011 keine Importe tätigten, wurden vom Sekretariat nach dem Grund für den Importverzicht und allfälligen erfolglosen Importversuchen gefragt.

- Gründe für Importverzicht: Zwei Kosmetik institute begründeten ihren Importverzicht mit angeblichen Importverboten, doch gaben sie auf Nachfrage hin an, dass nicht ein Verbot, sondern andere Gründe für den Importverzicht ausschlaggebend gewesen seien.
- Erfolgreiche Importversuche: Die grosse Mehrheit der befragten Kosmetik institute hat im Zeitraum 2009 bis 2011 gar keinen Versuch unternommen, im Ausland einzukaufen. Nur zwei Kosmetik institute berichten von einem gescheiterten Importversuch. Das erste Kosmetik institut machte [...] und 2011 erfolglose Anfragen bei [...].⁸⁸ Das zweite Kosmetik institut konnte die geltend gemachten Importschwierigkeiten von Dermalogica-Produkten nicht genügend substantiieren. Insbesondere war nicht mehr bekannt, welche ausländischen Unternehmen kontaktiert worden waren.

Zusammenfassend ergab die Befragung der Schweizer Kosmetik institute, dass Dermalogica-Produkte kaum parallel importiert werden.

196. Das Sekretariat befragte auch zwei Schweizer Online-Shops nach deren Parallelimportfähigkeiten der Marke Dermalogica. Einer der beiden befragten Online-Shops in der Schweiz gab an, [...]. Importiert würden die Produkte aus [...]. Importschwierigkeiten habe es bisher keine gegeben. Der zweite Internethändler importiert seinen ganzen Bedarf an Dermalogica-Produkten aus [...]. Das Importvolumen habe sich im Zeitraum 2009 bis 2011 [...]. Gefragt nach Importschwierigkeiten antwortete dieser Internethändler, er sei im letzten Quartal 2011 telefonisch aufgefordert worden, die importierten Dermalogica-Produkte vom Shop zu nehmen. Der Online-Shop bietet die Produkte jedoch nach wie vor an.

197. Dank den Parallelimporten können die beiden Online-Shops gewisse Dermalogica-Produkte günstiger anbieten als die Kosmetik institute (vgl. Tabelle 1). Im Durchschnitt sind sie jedoch nicht billiger als die Kosmetik institute. Von einem disziplinierenden Effekt auf den Intra-brand-Wettbewerb durch die Parallelimporte dieser beiden Online-Händler kann vor dem Hintergrund der lediglich punktuellen Preisvorteile und der abgesetzten Mengen nicht gesprochen werden.

198. Schliesslich befragte das Sekretariat ausländische Händler nach dem Umfang an Exporten von Dermalogica-Produkten in die Schweiz. Von den befragten 20 deutschen und 20 US-

⁸⁸ [...].

amerikanischen Händlern haben lediglich drei deutsche Händler auf das Auskunftsbegehren des Sekretariats geantwortet, wobei lediglich zwei Antworten materielle Angaben enthielten. Die beiden Kosmetikinstitute gaben an, keine Lieferungen von Dermalogica-Produkten in die Schweiz vorzunehmen. Ein Kosmetikinstitut führte aus, es habe von seinen Lieferanten auch keine Weisungen betreffend den Export von Dermalogica-Produkten erhalten und hätte keine Nachteile zu befürchten, wenn es solche tätigen würde.

199. Basierend auf den Angaben der Marktteilnehmer kann zusammenfassend festgehalten werden, dass von Parallel- und Direktimporten kaum ein disziplinierender Effekt auf den Intra- und Interbrand-Wettbewerb von Dermalogica-Produkten ausgeht.

Fazit

200. Das Arbitragepotenzial bei Dermalogica-Produkten für Endkunden liegt basierend auf dem vorgenommenen Preisvergleich bei durchschnittlich rund 10 %. Basierend auf Angaben von Care on Skin dürften die Einstandspreise der Schweizer Kosmetikinstitute mit Ausnahme von währungsbedingten Unterschieden im Sommer 2011 vergleichbar sein mit jenen ausländischer Kosmetikinstitute. Auf Stufe Generalimporteur [...]. Insgesamt kann das Arbitragepotenzial bei Dermalogica-Produkten basierend auf den verfügbaren Informationen als eher bescheiden beurteilt werden.

201. Die rudimentären Kenntnisse der Abnehmer von Care on Skin hinsichtlich Arbitragepotenzialen widerspiegeln sich in den lediglich punktuellen Importen. Die getätigten Importe sind zu gering, um einen disziplinierenden Effekt auf den Intra- und Interbrand-Wettbewerb der Marke Dermalogica ausüben zu können. Zusammenfassend ist der vorhandene Intra- und Interbrand-Wettbewerb bei der Marke Dermalogica als bescheiden zu beurteilen.

B.3.2.2.2.3. Fazit

202. Der vorhandene Intra- und Interbrand-Wettbewerb bei der Marke Dermalogica ist als bescheiden zu beurteilen. Er reicht nicht aus, um die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs zu widerlegen.

B.3.2.2.3. Interbrand-Wettbewerb

203. Zur Analyse des Ausmasses an Wettbewerb zwischen Anbietern unterschiedlicher Marken von Hautpflegeprodukten, die primär über Kosmetikinstitute abgesetzt werden, wird zunächst der aktuelle Wettbewerb auf dem relevanten Produktmarkt untersucht.

B.3.2.2.3.1. Aktueller Wettbewerb

Marktanteile und Marktkonzentration

204. Der Markt für Hautpflegeprodukte, welche primär über Kosmetikinstitute abgesetzt werden, ist charakterisiert durch eine Vielzahl von Unternehmen. Statistiken oder Studien zu diesem Markt wurden auf Nachfrage des Sekretariats hin keine eingereicht.

205. Die nachfolgende Tabelle 4 führt die Namen der befragten Hersteller und Distributoren sowie die von ihnen vertriebenen Marken im relevanten Produktmarkt auf. Die angegebenen Marktanteilsschätzungen basieren auf Umsatzdaten, welche das Sekretariat bei den befragten Herstellern und Distributoren erhoben hat, sowie auf einer Schätzung des Gesamtmarktvolumens durch diese Marktteilnehmer. Diese Marktanteilsschätzungen sind als grobe Indikatoren zu lesen, da sie lediglich auf den Angaben der Anbieter basieren, die im Rahmen der Untersuchung befragt wurden. Die befragten Kosmetikinstitute nannten zahlreiche weitere Anbieter und Marken (z.B.

Belico, Carita, Dr. Baumann, Gerda Spillmann, Swiss Getal, Thalion etc.), die in Tabelle 4 mangels verfügbarer Umsatzdaten nicht aufgeführt sind.

206. Tabelle 4 enthält zwei Schätzungen von Marktanteilsdaten. Die erste Schätzung basiert auf dem durch die befragten Marktteilnehmer durchschnittlich geschätzten Marktvolumen⁸⁹ über den Verkaufskanal Kosmetikinstitute und Hotel Spas in Höhe von rund CHF 70 Mio. Die zweite Schätzung basiert auf einem Gesamtmarktvolumen in Höhe von CHF [...] Mio. Dieser Betrag ergibt sich durch die Addition der Umsätze sämtlicher befragten Hersteller und Distributoren. Da im Rahmen der Untersuchung lediglich eine Auswahl von Anbietern im relevanten Produktmarkt befragt wurde, ist dieses Marktvolumen als absolute Untergrenze zu lesen. Dies bedeutet, dass die ausgewiesenen Marktanteile der zweiten Schätzung als absolute Höchstwerte zu interpretieren sind. Tabelle 4 ist darüber hinaus das Mass zur Marktkonzentration K3, die Summe der Marktanteile der drei wichtigsten Marktteilnehmer, zu entnehmen. [...]

Tabelle 4: Marktteilnehmer, Marktanteilsschätzungen und Marktkonzentration

Hersteller/Distributor	Marke	Marktanteile basierend auf durchschnittlich geschätztem Gesamtumsatz über Kosmetikinstitute und Hotel Spas: CHF 70 Mio.			Marktanteile basierend auf Gesamtumsatz der befragten Marktteilnehmer über Kosmetikinstitute und Hotel Spas: CHF [...] Mio. (absolute Höchstwerte)		
		2009	2010	2011	2009	2010	2011
Babor Cosmetic AG	Babor	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[10–20] %	[10–20] %	[10–20] %
Ligne St. Barth GmbH	Ligne St. Barth	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %
Med Beauty Swiss AG	Med Beauty	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %
Dermalogica Inc. / Care on Skin	Dermalogica	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %
Vanity Cosmetics AG	QMS	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %
Deynique Cosmetics GmbH	Deynique	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %
Clarins SA	Clarins	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %
Doyat Diffusion SA und Vanity Cosmetics AG	Thalgo	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %
Tanner SA	Payot	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %
J.-P. Rosselet Cosmetics AG	Matis	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[10–20] %	[10–20] %	[10–20] %
	Methode Brigitte Kettner (MBK)	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %
	Lipogen	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %
	Cellcosmet	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %
Dobi-Inter AG	Mila D'Opiz	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %
Maria Galland SA	Maria Galland	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[10–20] %	[10–20] %	[10–20] %
Rest (z.B. Simon Keller AG, Skintex, Reviderm)	Rest (z.B. Hylagel, Pevonia, Reviderm, Horst Kirchnerberger)	[60–70] %	[60–70] %	[60–70] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %
K3		[10–20] %	[10–20] %	[10–20] %	[40–50] %	[40–50] %	[40–50] %

Legende: K3: Summe der Marktanteile der drei wichtigsten Marktteilnehmer. [...]

Quelle: Erhebungen des Sekretariats.

207. Tabelle 4 ist zu entnehmen, dass es sich beim relevanten Produktmarkt um einen fragmentierten Markt mit einer tiefen Marktkonzentration handelt. Die Summe der Marktanteile der drei wichtigsten Marktteilnehmer (K3) Babor Cosmetic AG, J.-P. Rosselet Cosmetics AG mit der Marke Matis und Maria Galland SA beläuft sich auf [10–20] % basierend auf dem durch die befragten Marktteilnehmer durchschnittlich geschätzten Gesamtumsatz in der Branche (erste Schätzung) und auf [40–50] %, wenn die Summe der Umsätze aller befragten Marktteilnehmer als Gesamt-

⁸⁹ Es handelt sich hierbei um das durchschnittlich geschätzte Marktvolumen nach Eliminierung eines Ausreissers.

marktumsatz zugrunde gelegt wird (zweite, sehr konservative Schätzung). Die Verfahrensadres-satin Dermalogica hat selbst bei der konservativen Marktanteilsschätzung lediglich einen Markt-anteil [von 0–10 %].

Marktanteilsentwicklung

208. Tabelle 4 zeigt auch die Marktanteilsentwicklung im Markt für Hautpflegeprodukte, die pri-mär über Kosmetikinstitute abgesetzt werden. Die Marktanteilsentwicklung gibt zum einen Aus-kunft darüber, welche Unternehmen Marktanteile gewinnen konnten und welche Marktanteile ver-loren haben. Zum anderen wird deutlich, ob im Markt Bewegung zu beobachten ist. Starke Marktanteilsschwankungen können für einen dynamischen Markt sprechen. Stabile Marktstruktu-ren sind meist in gesättigten (stagnierenden) Märkten anzutreffen.

209. Da sich die vorliegend beobachteten Marktanteile in den meisten Fällen [...] bewegen, kön-nen schon Veränderungen von wenigen Prozentpunkten auf eine beträchtliche Marktdynamik hinweisen. Insgesamt scheinen die beobachteten Marktanteile dennoch keinen grossen Schwan-kungen unterworfen zu sein. Eine Erklärung hierfür ist, dass Kosmetikinstitute eine Marke nicht so rasch auswechseln, da die Einführung einer Marke laut Aussagen von Marktteilnehmern mit einem beträchtlichen Investitionsvolumen – die Ausstattung des Studios könne auf die Marke ausgerichtet sein, zudem könne eine hohe Lagerpflicht bestehen – und Schulungsaufwand ver-bunden sei. Die grosse Mehrheit der befragten Hersteller und Distributoren erwartete in den zwei Jahren nach dem Zeitpunkt der Befragung im Februar 2012 denn auch keine Innovationen, wel-che den Markt revolutionieren und zu beträchtlichen Marktanteilsverschiebungen führen könnten.

Produkt- und Preisdifferenzierung

210. Im relevanten Produktmarkt ist eine ausgeprägte Produktdifferenzierung zu beobachten, welche sich in einer Preisdifferenzierung niederschlägt. Zunächst hat der Konsument die Aus-wahl zwischen einer Vielzahl von Marken, welche in unterschiedlichen Preissegmenten angesie-delt sind (vgl. oben, Rz 166) und unterschiedliche Kundenbedürfnisse ansprechen. Daneben hat der Konsument innerhalb derselben Marke je nach Hautbedürfnis die Auswahl zwischen ver-schiedenen Behandlungsmöglichkeiten. Laut Aussagen der befragten Marktteilnehmer kann eine Marke üblicherweise sämtliche Kundenbedürfnisse abdecken. Somit steht dem Schweizer Kon-sumenten ein breites Spektrum an Hautpflegeprodukten in verschiedenen Preisklassen zur Aus-wahl. Allerdings dürften sich die tendenziell tiefe Preissensitivität der Endkunden sowie die man-gelnde Preistransparenz (vgl. oben, Rz 179) abschwächend auf den Interbrand-Preiswettbewerb der jeweiligen Marke auswirken.

Fazit

211. Eine Gesamtschau der dargelegten Erwägungen zum aktuellen Wettbewerb zeigt auf, dass auf dem relevanten Produktmarkt aktueller Interbrand-Wettbewerb vorliegt. Obwohl aktueller Wettbewerb besteht, wird der Vollständigkeit halber auch noch der potenzielle Wettbewerb unter-sucht.

B.3.2.2.3.2. Potenzieller Wettbewerb

Markteintrittsbarrieren

212. Das Sekretariat fragte Hersteller und Distributoren, wie sie die Markteintrittsbarrieren im re-levanten Produktmarkt beurteilen. Die Markteintrittsbarrieren (Erwerb Know-how, Investitionen in Forschung und Entwicklung, Investitionen in Produktionsanlagen, Marken- und Imageaufbau, Aufbau von Geschäftsbeziehungen) wurden allgemein als hoch beurteilt. Die Investitionen zur Markterschliessung seien deshalb hoch, da zunächst eine eigene Vertriebsstruktur, die Logistik und ein Service-Team bestehend aus Trainern aufgebaut werden müsse. Nur das Zusammen-

spiel zwischen hochwertigen Produkten und Service würde die Chance auf einen adäquaten Geschäftserfolg eröffnen. Auch sei der diesbezügliche Zeitbedarf hoch, da der persönliche Beratungs- und Schulungsbedarf der Kosmetikinstitute sehr aufwändig sei. In Anbetracht der Vielzahl an Anbietern auf dem Schweizer Markt, die oftmals im Ausland ihre Wurzeln haben, scheinen die Markteintrittsbarrieren dennoch überwindbar zu sein.

Arbitragemöglichkeiten, Parallel- und Direktimporte

213. Von Anbietern, welche ausserhalb des räumlich relevanten Marktes – in casu der Schweiz – tätig sind, kann ebenfalls potenzieller Wettbewerb ausgehen. Um die Frage zu eruieren, welches Ausmass an Wettbewerbsdruck durch Parallelimporte (Importe durch Händler) und Direktimporte (Importe durch Konsumenten) auf den relevanten Produktmarkt ausgeht, fragte das Sekretariat Konkurrenten von Care on Skin – d.h. Hersteller und Distributoren von Hautpflegeprodukten, die primär über Kosmetikinstitute abgesetzt werden – zum einen nach den prozentualen Einsparmöglichkeiten für Schweizer Kosmetikinstitute und Konsumenten bei einem Bezug der Hautpflegeprodukte im Ausland. Zum anderen wurden diese Marktteilnehmer gefragt, wie viele Prozente der jährlich von Schweizer Endkunden konsumierten Produkte dieser Marke schätzungsgemäss aus Parallelimporten durch Händler und Direktimporten durch Endkunden stammen.

214. Die internationalen Preisunterschiede bewegen sich laut den Antworten der Marktteilnehmer sowohl für Händler als auch für Endkunden in der Regel zwischen 0–20 %. Die Antworten zeigten zudem auch, dass Schweizer Kosmetikinstitute nicht nur bei der Marke Dermalogica (vgl. oben, Rz 201), sondern auch bei Konkurrenzmarken kaum Parallelimporte tätigen. Bei den meisten Marken liegt der Anteil an Parallelimporten im tiefen einstelligen Bereich. Bei den Direktimporten sieht die Situation ähnlich aus. Dieses Resultat legt nahe, dass Parallelimporte keinen bedeutenden Wettbewerbsdruck in der Schweiz zeitigen.

Fazit

215. Basierend auf den Angaben der befragten Marktteilnehmer ist das Ausmass an potenziellem Wettbewerb als bescheiden einzustufen.

B.3.2.2.3.3. Fazit

216. Der vorhandene aktuelle Interbrand-Wettbewerb auf dem relevanten Produktmarkt reicht aus, um die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs gemäss Art. 5 Abs. 4 KG widerlegen zu können.

B.3.2.3. Zwischenergebnis

217. Die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs gemäss Art. 5 Abs. 4 KG kann durch den vorhandenen Interbrand-Wettbewerb auf dem relevanten Produktmarkt widerlegt werden.

B.3.3. Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs?

218. Wenn die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs widerlegt werden kann, stellt sich die Frage, ob die Abrede zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Sinne von Art. 5 Abs. 4 i.V. m. Abs. 1 KG führt.

219. Bei der damit verbundenen Prüfung werden sowohl qualitative wie auch quantitative Kriterien berücksichtigt. Die Abwägung dieser beiden Kriterien erfolgt in der Regel einzelfallweise in einer Gesamtbeurteilung. Dabei kann eine qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigung trotz quantitativ geringfügiger Auswirkungen erheblich sein. Umgekehrt kann eine Beeinträchtigung mit

quantitativ beträchtlichen Auswirkungen den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen, auch wenn sie qualitativ nicht schwerwiegend ist (Ziff. 12 Abs. 1 VertBek).

B.3.3.1. Qualitative Beeinträchtigung des Wettbewerbs

Vorbemerkung

220. Im Fall „Volkswagen Vertriebssystem“ hielt die WEKO fest, dass eine Klausel, welche das Verbot von Passivverkäufen in einem selektiven Vertriebssystem bezweckt oder bewirkt, eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG darstellt.⁹⁰ Im Fall „Système de distribution Citroën“ qualifizierte die WEKO zudem verschiedene Elemente eines Vertriebssystems, die in ihrem Zusammenwirken eine Beschränkung von Passivverkäufen bezwecken, als vertikale Gebietsabsprache und als erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung.⁹¹ Dies entsprach auch Ziff. 3 lit. b der damals geltenden Vertikalbekanntmachung der WEKO vom 18. Februar 2002.⁹²

221. In ihrer Praxis zu Art. 5 Abs. 4 KG hielt die WEKO fest, dass Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen über Mindest- oder Festpreise sowie absolute Gebietsschutzabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG vom Gesetzgeber als besonders schädlich erachtet werden und deshalb als qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigungen des Wettbewerbs zu qualifizieren sind.⁹³ Diese Praxis fand Niederschlag in Ziff. 12 Abs. 2 VertBek, welche gewisse Abreden als qualitativ schwerwiegend qualifiziert.

Abreden über absoluten Gebietsschutz

222. Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen betreffend die Behinderung oder Verhinderung von passiven Verkäufen in die Schweiz oder von passiven Verkäufen zwischen Regionen innerhalb der Schweiz gelten nach Massgabe von Ziff. 12 Abs. 2 lit. b VertBek als qualitativ schwerwiegende Abreden. Folglich sind die Abreden zwischen Dermalogica und ihren unabhängigen ausländischen Vertriebspartnern betreffend Exportverbote und die Überbindung der Exportverbote (vgl. oben, Rz 61) als qualitativ schwerwiegend zu qualifizieren. Dasselbe gilt für das Vertriebssystem basierend auf der zwischen Dermalogica und ihren Tochtergesellschaften vereinbarten Überbindung der Exportverbote auf Abnehmer.

Preisempfehlungen

223. Preisempfehlungen werden zum einen 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). Zum anderen sind Preisempfehlungen auch in jenen Fällen qualitativ schwerwiegend, wenn es sich in der Tat um in Empfehlungsform gekleidete vertikale Preisabreden nach Art. 5 Abs. 4 KG handelt (vgl. Ziff. 10 Abs. 3 i.V.m. Ziff. 12 Abs. 2 lit. a VertBek).

224. Sollten die Preisempfehlungen, welche Care on Skin an ihre Abnehmern abgibt, Abreden nach Art. 4 Abs. 1 KG konstituieren und unter den Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG fallen, was offen gelassen wurde (vgl. oben, Rz 115, 137 f.), würde es sich bei diesen Preisemp-

⁹⁰ RPW 2000/2, 209 Rz 50, *Volkswagen Vertriebssystem*.

⁹¹ RPW 2002/3, 459 ff. Rz 18 ff., *Système de distribution Citroën*.

⁹² RPW 2002/2, 404, *Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden*.

⁹³ Vgl. RPW 2009/2, 153 Rz 75, *Sécateurs et cisailles*; RPW 2010/1, 103 Rz 307, *Gaba* (Entscheid noch nicht rechtskräftig); RPW 2010/4, 679 Rz 233, *Hors-Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra* (Entscheid noch nicht rechtskräftig).

fehlungen um qualitativ schwerwiegende Abreden im Sinne von Ziff. 12 Abs. 2 lit. a VertBek handeln.

Abreden über die Behinderung des Online-Handels

225. Internetverkäufe gelten als passive Verkäufe, ausser wenn sich Verkaufsbemühungen gezielt an Kunden ausserhalb des zugewiesenen Gebiets richten (Ziff. 3 VertBek). Eine Behinderung oder Verhinderung von Internetverkäufen wird deshalb von Ziff. 12 Abs. 2 lit. b VertBek erfasst und gilt somit als qualitativ schwerwiegende Abrede. Dies entspricht der bisherigen Praxis der WEKO⁹⁴ und jener der EU-Kommission⁹⁵. Folglich ist sowohl das Verbot des Online-Handels im Vertriebsvertrag Dermalogica-Care on Skin als auch jenes in der alten Kooperationsvereinbarung zwischen Care on Skin und ihren Abnehmern (vgl. oben, Rz 101 ff., 144 ff.) als qualitativ schwerwiegend zu qualifizieren.

B.3.3.2. Keine quantitative Beeinträchtigung des Wettbewerbs

Vorbemerkung

226. Die Prüfung der quantitativen Beeinträchtigung des Wettbewerbs erfolgt üblicherweise anhand derselben Konzepte wie die Frage, ob die Unzulässigkeitsvermutung nach Art. 5 Abs. 4 KG widerlegt werden kann;⁹⁶ d.h. im Fall von Vertikalabreden anhand des vorhandenen Intra- und Interbrand-Wettbewerbs. Die Analyse unterscheidet sich jedoch im Mass der Wettbewerbsbeeinträchtigung, welches erreicht sein muss, damit eine Abrede den Wettbewerb beseitigt oder (nur) erheblich beeinträchtigt. Damit verbunden ist eine unterschiedliche Herangehensweise in der Analyse: Bei der Frage der Widerlegung der Unzulässigkeitsvermutung beginnt die Analyse bei der Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs. Davon ausgehend wird untersucht, ob das Ausmass an vorhandenem Intra- und Interbrand-Wettbewerb ausreicht, um die Vermutung zu widerlegen. Die bisherige Praxis der WEKO zeigt, dass die Widerlegung in der Regel gelingt, ausser wenn die Abrede im gesamten relevanten Markt besteht und somit auch horizontale Auswirkungen zeitigt.⁹⁷ Bei der Frage, ob eine Wettbewerbsbeschränkung den Wettbewerb quantitativ beeinträchtigt, beginnt die Analyse hingegen ausgehend von einer Situation, in der (hypothetisch) ein uneingeschränkter Wettbewerb besteht. Aus dieser Perspektive werden an die quantitativen Auswirkungen von qualitativ schwerwiegenden Abreden keine hohen Anforderungen gestellt, um die Frage der quantitativen Beeinträchtigung des Wettbewerbs zu bejahen. Dabei gilt es zudem zu beachten, dass bei qualitativ schwerwiegenden Abreden im Vergleich zu anderen vertikalen Abreden in quantitativer Hinsicht tiefere Anforderungen genügen, um sie als erhebliche Wettbewerbsbeschränkung zu qualifizieren (Erw.-Gr. IX. VertBek).⁹⁸

227. Im vorliegenden Fall zeigte die Wettbewerbsanalyse, dass die Unzulässigkeitsvermutung mit dem bestehenden Interbrand-Wettbewerb widerlegt werden kann (vgl. oben, Rz 203 ff.). Hin-

⁹⁴ RPW 2011/3, 386 Rz 110, *Behinderung des Online-Handels*.

⁹⁵ Vertikal-Leitlinien (Fn 60), Rz 52.

⁹⁶ Vgl. RPW 2005/2, 263 Rz 73, *Swico/Sens*.

⁹⁷ RPW 2009/2, 143 ff. Rz 39 ff., *Sécateurs et cisailles*; RPW 2010/1, 65 ff. Rz 170 ff., *Gaba* (Entscheid noch nicht rechtskräftig); RPW 2010/4, 649 ff. Rz 160 ff., *Hors-Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra* (Entscheid noch nicht rechtskräftig).

⁹⁸ Dieses Prinzip entspricht der Praxis der WEKO, welche im Entscheid *Sécateurs et cisailles* Folgendes festhielt: "*En revanche, l'élément quantitatif de notabilité n'est pas atteint lorsque les restrictions ne déploient que des effets s'avérant non significatifs sur le marché dans un cas donné, voire même pas d'effets du tout, et ne sont pas susceptibles non plus d'entraîner de tels effets.*" RPW 2009/2, 153 Rz 75, *Sécateurs et cisailles*. Zur Begründung des Prinzips siehe die Ausführungen im Entscheid der WEKO in Sachen Nikon vom 28.11.2011, Rz 494 ff. (Entscheid noch nicht rechtskräftig), abrufbar unter <<http://www.weko.admin.ch/aktuell/00162/index.html?lang=de>>.

sichtlich des vorhandenen Intra- und Interbrand-Wettbewerbs bezüglich Dermalogica-Produkte wird in Erinnerung gerufen, dass dieser als bescheiden beurteilt wurde (vgl. oben, Rz 202).

228. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob der vorhandene Interbrand-Wettbewerb den beeinträchtigten Intra- und Interbrand-Wettbewerb kompensieren kann. Das Ausmass an Intra- und Interbrand-Wettbewerb wurde bereits unter dem Titel der Unzulässigkeitsvermutung anhand verschiedener Kriterien diskutiert. Eine Wiederholung derselben Analyse erübrigt sich an dieser Stelle, da es in Kenntnis und unter Berücksichtigung dieses Resultats um die Frage geht, ob das Ausmass an festgestelltem Intra- und Interbrand-Wettbewerb ausreicht, um die Erheblichkeit der Wettbewerbsbeschränkungen zu bejahen oder zu verneinen.

Abreden über absoluten Gebietsschutz

229. Die WEKO hat im Entscheid „Gaba“ Kriterien entwickelt, auf die sie sich zur Beantwortung der Frage, ob das Ausmass an festgestelltem Intra- und Interbrand-Wettbewerb ausreicht, um die Erheblichkeit einer absoluten Gebietsschutzabrede nachzuweisen, in einer Gesamtbetrachtung stützt. Zu diesen Kriterien gehören die Marktstellung der von der Abrede betroffenen Produkte, die Marktanteile, die Preisunterschiede zum Ausland sowie die Auswirkungen der Abrede auf den relevanten Produktmarkt.⁹⁹ Diese Kriterien werden im Folgenden geprüft.

- Marktstellung von Dermalogica-Produkten: Laut der Herstellerin Dermalogica habe die Marke in der Schweiz einen ausgezeichneten Ruf unter den Kosmetikerinnen; ausserhalb des Kreises dieser Fachkräfte sei die Marke jedoch weniger bekannt. 20 der befragten Kosmetikinstitute gaben denn auch an, dass es sich bei Dermalogica um eine wohlbekanntere Marke handelt, die im Markt gut positioniert ist, fünf weitere Kosmetikinstitute verneinten die Frage.¹⁰⁰ Gemäss Care on Skin sei Dermalogica in [...] sehr bekannt, der grösste Anteil der Kundschaft stamme denn auch aus [...]. [...]. Der Schweizer Fachverband für Kosmetik (SFK) beurteilte Dermalogica als bekannte, jedoch nicht sehr stark positionierte Marke. Diese Angaben legen nahe, dass es sich bei der Marke Dermalogica zumindest nicht schweizweit – und wohl auch nicht bis auf Stufe der Konsumenten – um eine wohlbekanntere Marke handelt, die im Markt gut positioniert ist. Mit anderen Worten dürfte die Marke Dermalogica in der Schweiz keine generell wohlbekanntere Marke sein, die im Markt gut positioniert ist.
- Marktanteile: Tabelle 4 ist zu entnehmen, dass die Marktanteile von Dermalogica schätzungsgemäss nur rund [0–10] % betragen; die dazugehörigen Umsätze beliefen sich im Zeitraum 2009–2011 durchschnittlich auf lediglich rund CHF [...]. Die Marktanteile sind somit als sehr gering und die Umsätze als bescheiden zu qualifizieren.
- Preisunterschiede zum Ausland: Auf Stufe Generalimporteur [...]. Basierend auf Angaben von Care on Skin dürften die Einstandspreise von Dermalogica-Produkten der Schweizer Kosmetikinstitute mit Ausnahme von währungsbedingten Unterschieden im Sommer 2011 vergleichbar sein mit jenen ausländischer Kosmetikinstitute. Das Arbitragepotenzial bei Dermalogica-Produkten für Endkunden liegt basierend auf dem vorgenommenen Preisvergleich bei durchschnittlich rund 10 %. Insgesamt kann das Arbitragepotenzial bei Dermalogica-Produkten basierend auf den verfügbaren Informationen als eher bescheiden beurteilt werden (vgl. oben, Rz 186 ff.).
- Auswirkungen auf den relevanten Produktmarkt: Aufgrund des sehr geringen Marktanteils und der bescheidenen Umsätze von Care on Skin konnten die identifizierten absoluten Ge-

⁹⁹ Vgl. RPW 2010/1, 104 Rz 310, *Gaba* (Entscheid noch nicht rechtskräftig).

¹⁰⁰ Die Antwort von sieben Kosmetikinstituten war unklar, ein Kosmetikinstitut liess die Frage unbeantwortet.

bietsschutzabreden in den Vertriebsverträgen von Dermalogica für sich allein genommen lediglich vernachlässigbare Auswirkungen auf den relevanten Produktmarkt zeitigen. Darüber hinaus hat Dermalogica die fraglichen Vertragsklauseln auf Empfehlung des Sekretariats hin angepasst und die ausländischen Abnehmer darüber informiert.

230. Basierend auf einer Gesamtbeurteilung dieser Kriterien kommt die WEKO zum Ergebnis, dass die einstigen absoluten Gebietsschutzabreden in den Vertriebsverträgen von Dermalogica – wenn überhaupt – nur geringfügige quantitative Auswirkungen auf den relevanten Produktmarkt zeitigten.

Preisempfehlungen

231. Bei qualitativ schwerwiegenden Abreden genügen im Vergleich zu anderen vertikalen Abreden in quantitativer Hinsicht tiefere Anforderungen, um sie als erhebliche Wettbewerbsbeschränkung zu qualifizieren (Erw.-Gr. IX. VertBek). Da im vorliegenden Fall offen gelassen wird, ob die im Markt identifizierten Preisempfehlungen den Tatbestand von Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG erfüllen (vgl. oben, Rz 115, 137 f.), kann die Frage, ob es sich hierbei um qualitativ schwerwiegende Abreden handelt, nicht beantwortet werden (vgl. oben, Rz 223 f.).

232. Doch selbst wenn es sich bei den Preisempfehlungen von Care on Skin um qualitativ schwerwiegende Abreden handeln sollte, kommt die WEKO insbesondere in Anbetracht der Marktanteile und Umsätze von Care on Skin (im Zeitraum 2009–2011 durchschnittlich rund CHF [...]) zum Schluss, dass die Preisempfehlungen von Care on Skin nur geringfügige Auswirkungen auf den relevanten Produktmarkt zeitigen können. Es bleibt darauf hinzuweisen, dass Care on Skin ihre Abnehmer (Kosmetikinstitute) auf Empfehlung des Sekretariats hin schriftlich darauf aufmerksam machte, dass die Preisempfehlungen unverbindlich sind, und sämtliche Preislisten entsprechend überarbeitet hat.

Abreden über die Behinderung des Online-Handels

233. In Anbetracht der Marktanteile und Umsätze von Care on Skin mit Dermalogica-Produkten (im Zeitraum 2009–2011 durchschnittlich rund CHF [...]) kommt die WEKO zum Schluss, dass das Verbot des Online-Handels im Vertriebsvertrag Dermalogica-Care on Skin, welches zumindest vom 1. Januar 2011 bis am 9. respektive 11. November 2011 in Kraft war (vgl. oben, Rz 101 f.), sowie das Verbot des Online-Handels in der alten Kooperationsvereinbarung zwischen Care on Skin und ihren Abnehmern, welches mindestens im Zeitraum vom Herbst 2006 bis am 9. November 2011 Gültigkeit hatte (vgl. oben, Rz 103), nur geringfügige Auswirkungen auf den relevanten Produktmarkt zeitigen konnten. Dies gilt selbst dann, wenn die genannten Verbote des Online-Handels den Tatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG erfüllen würden, was vorliegend offen gelassen wurde (vgl. oben, Rz 146). Es bleibt darauf hinzuweisen, dass die Untersuchungsadressatinnen die Verbote des Online-Handels nach der Untersuchungseröffnung aufgehoben haben (vgl. oben, Rz 102 f.).

B.3.3.3. Fazit

Abreden über absoluten Gebietsschutz

234. Absolute Gebietsschutzabreden sind qualitativ schwerwiegende Abreden. Eine Analyse der quantitativen Beeinträchtigung des Wettbewerbs durch die einstigen Exportverbote und die Überbindung der Exportverbote, welche zwischen Dermalogica und ihren unabhängigen ausländischen Vertriebspartnern vereinbart wurden, sowie des Vertriebssystems basierend auf der zwischen Dermalogica und ihren Tochtergesellschaften vereinbarten Überbindung der Exportverbote auf Abnehmer (vgl. oben, Rz 61 ff.) zeigte, dass diese Abreden – wenn überhaupt – nur geringfügige quantitative Auswirkungen auf den relevanten Produktmarkt zeitigten. Diese quantitativen

Auswirkungen sind zu geringfügig, um die einstigen absoluten Gebietsschutzabreden in den Vertriebsverträgen von Dermalogica als erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen zu qualifizieren.

Preisempfehlungen

235. Die quantitativen Effekte der Preisempfehlungen, welche Care on Skin ihren Händlern abgibt, vermögen den Wettbewerb nicht in erheblichem Ausmass zu beeinträchtigen, selbst wenn es sich bei diesen Preisempfehlungen um qualitativ schwerwiegende Abreden handeln würde, die den Tatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG erfüllen.

Abreden über die Behinderung des Online-Handels

236. Behinderungen des Online-Handels sind ebenfalls qualitativ schwerwiegende Abreden. Angesichts der geringfügigen möglichen quantitativen Auswirkungen der Verbote des Online-Handels im Vertriebsvertrag Dermalogica-Care on Skin und in der alten Kooperationsvereinbarung zwischen Care on Skin und ihren Abnehmer stellen diese Verbote keine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung nach Art. 5 Abs. 1 KG dar. Dies gilt selbst dann, wenn die genannten Verbote des Online-Handels den Tatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG erfüllen würden, was vorliegend offen gelassen wurde (vgl. oben, Rz 146).

Keine Prüfung von möglichen Effizienzgründen

237. Da es sich bei den genannten Wettbewerbsbeschränkungen um unerhebliche Wettbewerbsbeschränkungen handelt, erübrigt sich eine Prüfung von allfälligen Gründen der wirtschaftlichen Effizienz nach Art. 5 Abs. 2 KG.

B.3.4. Konkurrenten der Untersuchungsadressatinnen

238. Bei der Auswertung der Antworten von Konkurrenten der Untersuchungsadressatinnen auf die Auskunftsbegehren im Sinne von Art. 40 KG und der Analyse ihrer Vertriebsverträge stellte das Sekretariat fest, dass sich in diesen Verträgen vergleichbare Klauseln wie in den Verträgen der Untersuchungsadressatinnen fanden. Zudem gab die Mehrheit der Konkurrenten der Untersuchungsadressatinnen ihren Abnehmern Preisempfehlungen ab, die von einem bedeutenden Teil der Abnehmer befolgt wurden.

239. Die Analyse der Wettbewerbsverhältnisse auf dem relevanten Produktmarkt legt nahe, dass zumindest die Mehrzahl der wettbewerbsbeschränkenden Klauseln, die in den Vertriebsverträgen von Konkurrenten der Untersuchungsadressatinnen identifiziert wurden, sowie der von den Konkurrenten abgegebenen Preisempfehlungen den Wettbewerb ebenfalls nicht erheblich beeinträchtigten. Offen ist jedoch, ob die Vertragsklauseln und die in der Branche häufig abgegebenen Preisempfehlungen infolge eines möglichen kumulativen Abschottungseffekts durch gleichartige, nebeneinander bestehende vertikale Vertriebsnetze (vgl. Ziff. 13 VertBek) den Wettbewerb erheblich zu beeinträchtigen vermochten. Basierend auf den verfügbaren Informationen kann diese Frage nicht abschliessend beantwortet werden. Angesichts der Wettbewerbsverhältnisse auf dem relevanten Produktmarkt entschied das Sekretariat aus Gründen der Verhältnismässigkeit, auf weitere Marktabklärungen zu verzichten, sofern sich die fraglichen Hersteller und Distributoren dazu bereit erklärten, kartellrechtlich problematische Klauseln in ihren Vertriebsverträgen zu beseitigen, ihre Preislisten bei Bedarf anzupassen und ihre Vertriebspartner entsprechend darüber zu informieren. Dem sind alle vom Sekretariat kontaktierten Hersteller und Distributoren freiwillig nachgekommen, weshalb das Sekretariat keine weiteren Ermittlungen in der Sache mehr vornahm. Vor dem Hintergrund des soeben Ausgeführten wurde auf eine Eröffnung der Untersuchung gegen die Konkurrenten der Untersuchungsadressatinnen verzichtet.

C. Kosten

240. Nach Art. 2 Abs. 1 Gebührenverordnung KG¹⁰¹ ist gebührenpflichtig, wer das Verwaltungsverfahren verursacht hat.

241. Im Untersuchungsverfahren nach Art. 27 ff. KG besteht eine Gebührenpflicht, wenn aufgrund der Sachverhaltsfeststellung eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt oder wenn sich die Parteien unterziehen.

242. Von einem Unterziehen ist auszugehen, wenn eine Unternehmung dem Vorschlag des Sekretariats zur einvernehmlichen Beseitigung einer als unzulässig erachteten Wettbewerbsbeschränkung zustimmt und als Folge davon sein Verhalten massgeblich ändern muss. Gleiches gilt auch, wenn eine Unternehmung, die aufgrund ihres möglicherweise wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens ein Verfahren ausgelöst hat, das beanstandete Verhalten aufgibt, so dass das Verfahren gegenstandslos und eingestellt wird.¹⁰²

243. Demgegenüber entfällt die Gebührenpflicht für Unternehmen, die eine Untersuchung verursacht haben, sofern sich die zu Beginn vorliegenden Anhaltspunkte nicht erhärten und das Verfahren aus diesem Grund eingestellt wird.¹⁰³

244. Die Untersuchung wurde aufgrund der Vertragswerke und Verhaltensweisen von Care on Skin und Dermalogica gegen die soeben Genannten eröffnet respektive ausgedehnt. Care on Skin und Dermalogica haben das Verwaltungsverfahren folglich verursacht. Der Sachverhalt und die vorangehenden Erwägungen haben gezeigt, dass die Exportverbote in Gebiete ausserhalb des EWR und somit auch in die Schweiz, welche in den Vertriebsverträgen von Dermalogica enthalten waren, den Wettbewerb nicht erheblich beeinträchtigen konnten (vgl. oben, Rz 222, 229 f., 234). Aus demselben Grund sind die Verbote des Online-Handels im Vertriebsvertrag Dermalogica-Care on Skin und in der alten Kooperationsvereinbarung von Care on Skin mit ihren Abnehmern nicht rechtswidrig (vgl. oben, Rz 236). Mangels erheblicher Wettbewerbsbeeinträchtigung als nicht rechtswidrig erwiesen haben sich auch die Preisempfehlungen, welche Care on Skin ihren Abnehmern abgibt, selbst wenn sie den Tatbestand von Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG erfüllen würden (vgl. oben, Rz 223 f., 231 f. und 235). Mit anderen Worten haben sich die zu Beginn vorliegenden Anhaltspunkte nicht erhärtet, weshalb die WEKO das Verfahren gegen Care on Skin und Dermalogica einstellt. Aus diesem Grund entfällt die Gebührenpflicht für Care on Skin und Dermalogica.

245. Zur Argumentation von Care on Skin, dass sie aufgrund ihrer Grösse gar keine wettbewerbsbeschränkenden Abreden treffen könne und somit das Verfahren oder zumindest gewisse Abklärungen nicht notwendig waren, ist schliesslich festzuhalten, dass aus Art. 6 Abs. 1 lit. e KG und der gestützt hierauf erlassenen KMU-Bekanntmachung¹⁰⁴ bei Vorliegen von harten Kartellabsprachen (Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG), welche durch kleine und mittlere Unternehmen (KMU) abgeschlossen werden, keine Ausnahme von der Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs und der im Einzelfall vorzunehmenden Erheblichkeitsprüfung abgeleitet werden kann. Somit können auch KMU wettbewerbsbeschränkende Abreden treffen und bei einem entsprechen-

¹⁰¹ Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

¹⁰² Zum Ganzen BGE 128 II 247, 257 f. E. 6.1 (= RPW 2002/3, 546 f. E. 6.1), *BKW FMB Energie AG*; Art. 3 Abs. 2 lit. b und c GebV-KG e contrario; CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 53a N 8 m.w.H.

¹⁰³ BGE 128 II 247, 257 f. E. 6.1 e contrario (= RPW 2002/3, 546 f. E. 6.1), *BKW FMB Energie AG*; Art. 3 Abs. 2 lit. b und c GebV-KG.

¹⁰⁴ Bekanntmachung der Wettbewerbskommission vom 19.12.2005 betreffend Abreden mit beschränkter Marktwirkung (KMU-Bekanntmachung).

den Verdacht gilt derselbe Prüfungsmechanismus wie für alle anderen Unternehmen.¹⁰⁵ Ausserdem gilt für die Wettbewerbsbehörden der Untersuchungsgrundsatz (Art. 39 KG i.V.m. Art. 12 VwVG).

246. Care on Skin verlangt schliesslich, es sei ihr eine Parteientschädigung auszurichten (vgl. oben, Rz 12, 28, 33 und 38 f.).

247. Auf das kartellrechtliche Verfahren sind die Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes anwendbar, soweit das Kartellgesetz nicht davon abweicht (Art. 39 KG). Weder das Kartellgesetz oder die dazugehörige Gebührenverordnung KG noch das Verwaltungsverfahrensgesetz oder die gestützt darauf erlassene Verordnung¹⁰⁶ sehen für das erstinstanzliche nichtstreitige Verwaltungsverfahren eine Parteientschädigung vor. Dementsprechend verneint die WEKO einen Anspruch auf Parteientschädigung im erstinstanzlichen nichtstreitigen Kartellverwaltungsverfahren.¹⁰⁷ Dies wurde von der oberen Instanz bestätigt.¹⁰⁸

248. Gemäss Rechtsprechung liegt bezüglich des Anspruchs auf Parteientschädigung im erstinstanzlichen Verfahren keine echte Lücke vor,¹⁰⁹ womit kein Raum für die analoge Heranziehung von Rechtsnormen besteht. Es kann somit entgegen den Vorbringen von Care on Skin keine Regelung analog der Einstellung eines Strafverfahrens gewählt werden.

249. Im Weiteren lässt sich auch direkt aus der Bundesverfassung¹¹⁰ kein Anspruch auf eine Parteientschädigung ableiten.¹¹¹ Dem Antrag auf eine Parteientschädigung kann folglich mangels gesetzlicher Grundlage nicht stattgegeben werden.

D. Ergebnis

250. Gestützt auf die vorstehenden Erwägungen ist folgendes Ergebnis festzuhalten:

- Es wurden die folgenden Abreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG festgestellt:
 - Abreden zwischen Dermalogica und ihren unabhängigen ausländischen Vertriebspartnern betreffend Exportverbote und die Überbindung der Exportverbote auf Abnehmer (vgl. oben, Rz 61 ff.);
 - Vertriebssystem basierend auf der zwischen Dermalogica und ihren Tochtergesellschaften vereinbarten Überbindung der Exportverbote auf Abnehmer (vgl. oben, Rz 61 ff.);

¹⁰⁵ Zum Ganzen PATRIK DUCREY/CHRISTOPH TAGMANN, Die Anwendung des Kartellrechts auf KMU, ZBJV 2007, 69 ff., 85 f. i.V.m. 78 f.

¹⁰⁶ Verordnung vom 10.9.1969 über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren (SR 172.041.0).

¹⁰⁷ RPW 2012/2, 423 Rz 1209 f., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*; RPW 2005/2, 258 Rz 35, *Swico/Sens*; RPW 1999/3, 402 Rz 39, *Erdöl-Vereinigung vs. Telekurs-Gruppe*.

¹⁰⁸ Entscheid der REKO/WEF, RPW 2000/4, 709 f. Rz 3.1 m.w.H., *Telekurs Holding AG et al./Erdölvereinigung*.

¹⁰⁹ Entscheid der REKO/WEF, RPW 2000/4, 709 f. E. 3.1 m.w.H., *Telekurs Holding AG et al./Erdölvereinigung*; BGE 132 II 47, 62 f. E. 5.2.

¹¹⁰ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18.4.1999 (SR 101).

¹¹¹ RPW 2005/2, 258 Rz 35, *Swico/Sens*; Entscheid der REKO/WEF, RPW 2000/4, 714 f. E. 3.4 m.w.H., *Telekurs Holding AG et al./Erdölvereinigung*.

- Abreden zwischen Dermalogica und Care on Skin sowie zwischen Care on Skin und ihren Abnehmern betreffend Verbote des Online-Handels (vgl. oben, Rz 101 ff.).
- Es wird offen gelassen, ob die Preisempfehlungen, welche Care on Skin ihren Abnehmern abgibt, den Tatbestand der Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG erfüllen (vgl. oben, Rz 115).
- Die oben aufgeführten Abreden über absoluten Gebietsschutz erfüllen den Vermutungstatbestand gemäss Art. 5 Abs. 4 KG.
- Es wird offen gelassen, ob die Preisempfehlungen, die Care on Skin ihren Abnehmern abgibt (vgl. oben, Rz 136 ff.), und die oben aufgeführten Abreden betreffend die Verbote des Online-Handels (vgl. oben, Rz 139 ff.) unter die Vermutung von Art. 5 Abs. 4 KG fallen.
- Die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs gemäss Art. 5 Abs. 4 KG kann durch den vorhandenen Interbrand-Wettbewerb auf dem relevanten Produktmarkt widerlegt werden.
- Die Prüfung der Erheblichkeit der identifizierten (möglichen) Wettbewerbsbeschränkungen ergab folgendes Resultat:
 - Absolute Gebietsschutzabreden – wie die die einstigen Exportverbote und die Überbindung der Exportverbote, welche zwischen Dermalogica und ihren unabhängigen ausländischen Vertriebspartnern vereinbart wurden, sowie das Vertriebssystem basierend auf der zwischen Dermalogica und ihren Tochtergesellschaften vereinbarten Überbindung der Exportverbote auf Abnehmer – sind qualitativ schwerwiegende Abreden. Eine Analyse der quantitativen Beeinträchtigung des Wettbewerbs durch diese Abreden zeigte, dass sie – wenn überhaupt – nur geringfügige quantitative Auswirkungen auf den relevanten Produktmarkt zeitigten. Diese quantitativen Auswirkungen sind zu geringfügig, um die einstigen absoluten Gebietsschutzabreden in den Vertriebsverträgen von Dermalogica als erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen zu qualifizieren.
 - Die Preisempfehlungen, welche Care on Skin ihren Abnehmern abgibt, können den Wettbewerb auf dem relevanten Produktmarkt angesichts des sehr geringen Marktanteils und der bescheidenen Umsätze von Care on Skin nicht erheblich beeinträchtigen. Dies gilt selbst dann, wenn es sich bei den Preisempfehlungen von Care on Skin um qualitativ schwerwiegende Abreden handeln würde. Mit anderen Worten sind die Preisempfehlungen von Care on Skin keine erheblichen Wettbewerbsabreden nach Art. 5 Abs. 1 KG, selbst wenn sie den Tatbestand von Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG erfüllen würden.
 - Behinderungen des Online-Handels sind ebenfalls qualitativ schwerwiegende Abreden. Angesichts der geringfügigen möglichen quantitativen Auswirkungen der Verbote des Online-Handels im Vertriebsvertrag Dermalogica-Care on Skin sowie in der alten Kooperationsvereinbarung zwischen Care on Skin und ihren Abnehmern, stellen diese Verbote keine erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen nach Art. 5 Abs. 1 KG dar. Dies gilt selbst dann, wenn die genannten Verbote des Online-Handels den Tatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG erfüllen würden, was vorliegend offen gelassen wurde (vgl. oben, Rz 146).

251. Demzufolge sind die hier diskutierten Abreden über absoluten Gebietsschutz und Verbote des Online-Handels, an welchen die Verfahrensadressatinnen beteiligt waren, mangels erheblicher Wettbewerbsbeeinträchtigung nicht rechtswidrig. Dasselbe gilt für die Preisempfehlungen, welche Care on Skin ihren Abnehmern (Kosmetikinstituten) abgibt. Aus diesem Grund stellt die WEKO das Verfahren gegen Care on Skin und Dermalogica ein und erhebt keine Verfahrenskosten. Care on Skin wird keine Parteientschädigung ausgerichtet.

E. Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Die Untersuchung gegen die Care on Skin GmbH und die Dermalogica Inc. wegen möglicherweise unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen gemäss Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG wird eingestellt.
2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
3. Es werden keine Parteientschädigungen ausgerichtet.
4. Die Verfügung ist zu eröffnen an:
 - Care on Skin GmbH, vertreten durch RA Dr. Wilhelm Boner, Pelzgasse 15, Postfach 2430, 5001 Aarau
 - Dermalogica Inc., 1535 Beachey Place, Carson, CA 90746, USA

Wettbewerbskommission

Prof. Dr. Vincent Martenet
Präsident

Dr. Rafael Corazza
Direktor

Rechtsmittelbelehrung:

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