



Verfügung vom 30.11.2009

in Sachen

Untersuchung gemäss Artikel 27 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz [KG]; SR 251)

betreffend

22-0349: Gaba

gegen

Gaba International AG

und

Gebro Pharma GmbH

wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Artikel 5 KG.

Inhaltsverzeichnis

A. Sachverhalt	4
A.1. Gegenstand der Untersuchung	4
A.2. Relevanter Sachverhalt	5
A.3. Verfahren.....	6
A.4. Wesentliche Vorbringen der Parteien.....	9
B. Erwägungen	12
B.1. Geltungsbereich	12
B.2. Vorbehaltene Vorschriften	12
B.3. Unzulässige Wettbewerbsabrede über die exklusive Zuweisung von Gebieten	12
B.3.1. Wettbewerbsabrede.....	13
B.3.1.1. Bewusstes oder gewolltes Zusammenwirken	13
B.3.1.2. Bezweckung oder Bewirkung einer Wettbewerbsbeschränkung	14
B.3.2. Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs	16
B.3.2.1. Vorliegen einer vertikalen Abrede über die exklusive Zuweisung von Gebieten	16
B.3.2.1.1. Vertikale Gebietsabrede zwischen Gaba und Gebro	16
B.3.2.1.2. Selektiver Vertrieb von Gaba	27
B.3.2.1.3. Keine Anwendung der TT-GVO	33
B.3.2.1.4. Fazit	34
B.3.3. Umstossung der gesetzlichen Vermutung gemäss Art. 5 Abs. 4 KG.....	34
B.3.3.1. Relevanter Markt.....	34
B.3.3.1.1. Sachlich relevanter Markt.....	34
B.3.3.1.2. Räumlich relevanter Markt	40
B.3.3.2. Intra-brand-Wettbewerb	42
B.3.3.2.1. Arbitragemöglichkeit.....	42
B.3.3.2.2. Parallelimporte	43
B.3.3.2.3. Intra-brand-Preiswettbewerb	45
B.3.3.2.4. Fazit	51
B.3.3.3. Inter-brand-Wettbewerb	51
B.3.3.3.1. Aktueller Wettbewerb	52
B.3.3.3.2. Fazit	61
B.3.3.4. Zwischenergebnis.....	61
B.3.4. Erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung	62
B.3.5. Rechtfertigungsgründe.....	65
B.3.6. Ergebnis.....	69
B.4. Sanktionierung.....	69
B.4.1. Allgemeine Ausführungen.....	69
B.4.1.1. Einleitung	69
B.4.1.2. Tatbestandsmerkmale von Art. 49a Abs. 1 KG.....	69
B.4.1.2.1. Unternehmen	69
B.4.1.2.2. Unzulässige Verhaltensweise	70
B.4.1.2.3. Vorwerfbarkeit.....	71

B.4.1.2.4. Ergebnis	74
B.4.2. Sanktionsbemessung.....	74
B.4.2.1. Einleitung und gesetzliche Grundlagen	74
B.4.2.2. Sanktionsbemessung für Gaba.....	74
B.4.2.2.1. Maximalsanktion	74
B.4.2.2.2. Konkrete Bemessung.....	75
B.4.2.3. Sanktionsbemessung für Gebro	78
B.4.2.4. Ergebnis.....	80
B.5. Ergebnis	80
C. Kosten	80
D. Dispositiv	82

A. Sachverhalt

A.1. Gegenstand der Untersuchung

1. Am 30. November 2005 ging beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) eine Anzeige der Denner AG (nachfolgend: Denner) ein, welche gleichzeitig auch der Preisüberwachung zugestellt wurde. Darin führte Denner aus, dass sie seit dem Jahr 2003 versuche, von der Gaba AG (nachfolgend: Gaba) mit Elmex Kariesschutz Zahnpasta rot (nachfolgend: Elmex rot) beliefert zu werden, jedoch ohne Erfolg. Daneben habe Denner auch erfolglos versucht, Elmex rot aus Österreich zu importieren. Gaba hat die Herstellung und den Vertrieb von Elmex rot in Österreich im Rahmen eines Lizenzvertrages an die Gebro Pharma GmbH (nachfolgend: Gebro) übertragen.

2. Denner mit Sitz in Zürich ist ein in der Schweiz tätiges Detailhandelsunternehmen, das als Discounter mit 435 Verkaufsstellen ein Sortiment in den Bereichen Food und Near-Food anbietet. Zusätzlich beliefert Denner rund 293 Denner-Satelliten. Denner wurde im Zuge des von der Wettbewerbskommission (WEKO) mit Verfügung vom 3. September 2007 unter Auflagen bewilligten Zusammenschlussvorhabens vom Migros-Genossenschafts-Bund (nachfolgend: Migros) übernommen (vgl. RPW 2008/1, S. 129 ff.).

3. Gaba mit Sitz in Therwil wurde per 1. Januar 2007 von der europaweit tätigen und gruppenführenden Gaba International AG (nachfolgend ebenfalls: Gaba)¹ mit damaligem Sitz in Münchenstein, Basel, übernommen. Seit dem 26. Juni 2008 ist der Gesellschaftssitz wiederum in Therwil. Gaba ist auf Mund- und Zahnpflege spezialisiert und stellt Zahnpasten, Zahnspülungen, Gelées und Zahnbürsten her. Die bekannten Marken von Gaba sind Elmex und Meridol. Gaba gehört zur international tätigen Colgate-Palmolive-Gruppe, welche mit fast 38'000 Beschäftigten in über 200 Ländern präsent ist und etwa USD 9.4 Mia. Umsatz pro Jahr erwirtschaftet.

4. Gebro ist Lizenznehmerin von Gaba mit Sitz in Fieberbrunn, Österreich, und ist auf die Herstellung und den Vertrieb von chemischen und pharmazeutischen Produkten spezialisiert. Gebro ist in über 25 Ländern präsent und erzielte im Jahr 2008 einen Gesamtumsatz von 103.89 Mio. Euro.²

5. Neben der Verhinderung von Parallelimporten betraf die Anzeige von Denner den selektiven Vertrieb von Gaba für die Produkte Elmex und Meridol, die Nichtbelieferung von Denner als Mittel zur Preishochhaltung sowie die Behinderung von Denner im Wettbewerb wegen dem must-in-stock Charakter von Elmex und Meridol.

6. Gestützt auf die Anzeige von Denner eröffnete das Sekretariat am 10. Mai 2006 eine Vorabklärung gemäss Art. 26 KG um abzuklären, ob Anhaltspunkte für das Vorhandensein unzulässiger Wettbewerbsabreden oder eines Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung bestehen.

7. Im Vorabklärungsverfahren ergaben sich basierend auf Informationen von Denner, Gaba und den befragten Marktteilnehmern sowie dem Umstand, dass es Denner nicht gelang, Elmex rot aus dem benachbarten Österreich parallel zu importieren, Anhaltspunkte für das Vorliegen folgender unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen:

- Nichtbelieferung von Denner mit Elmex rot (Art. 5 Abs. 1 KG; Art. 7 KG);

¹ Wenn nicht anders vermerkt, steht „Gaba“ nachfolgend für „Gaba Schweiz AG“ für die Zeitperiode vor dem 1. Januar 2007 und für „Gaba International AG“ für die Zeitperiode nach dem 1. Januar 2007.

² Vgl. <http://www.gebro.com/de/default.asp?ID=210>.

- Preisvorgaben für den Verkauf von Elmex rot (Art. 5 Abs. 4 KG);
- Behinderung des Parallelimports von Elmex rot (Art. 5 Abs. 4 KG).

8. Basierend auf diesen Anhaltspunkten eröffnete das Sekretariat am 8. Februar 2007 im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO eine Untersuchung gemäss Art. 27 KG wegen allenfalls unzulässigen Wettbewerbsabreden laut Art. 5 KG und wegen unzulässiger Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen nach Massgabe von Art. 7 KG.

9. Gegenstand der vorliegenden Untersuchung ist eine allfällige Behinderung von Parallelimporten von Elmex rot in die Schweiz durch Gaba und Gebro (nachfolgend: Parteien). Die Anhaltspunkte für die weiteren vorstehend genannten Wettbewerbsbeschränkungen haben sich nicht verdichtet.

A.2. Relevanter Sachverhalt

10. Gaba ist in allen an die Schweiz angrenzenden Ländern mit gruppeneigenen Gesellschaften am Markt tätig. Eine Ausnahme bildet Österreich, wo Gebro im Rahmen eines Lizenzvertrages sowohl für die Produktion als auch für den Vertrieb von Gaba-Produkten verantwortlich ist. Der zwischen Gaba und Gebro am 1. Februar 1982 geschlossene Lizenzvertrag beinhaltete eine Klausel, wonach es Gebro verwehrt war, die lizenzierten Produkte ins Ausland zu exportieren:

„GABI [GABA International AG] verpflichtet sich, die Ausfuhr der Vertragsprodukte [Elmex Zahnpaste, Elmex Gelée, Elmex Fluid und Aronal forte Zahnpaste] nach Oesterreich mit allen ihr zu Gebote stehenden Mitteln zu verhindern und auch selbst weder direkt noch indirekt in Oesterreich zu vertreiben. Gebro verpflichtet sich ihrerseits, die Vertragsprodukte ausschliesslich in dem ihr vertraglich zustehenden Gebiet [Österreich] herzustellen und zu vertreiben und weder direkt noch indirekt Exporte in andere Länder vorzunehmen.“

11. Die Existenz des Vertrages wird von Gaba und Gebro nicht bestritten. Die Parteien behaupten jedoch, dass die Gebietsschutzklausel, insoweit sie überhaupt eine solche darstellte, nicht der Vertragswirklichkeit entsprach und weder durchgesetzt noch eingehalten wurde. Tatsächlich hätten gewisse Parallelimporte in die Schweiz stattgefunden (vgl. hinten Rz. 106), und wo dies nicht der Fall gewesen sein sollte, sei es auf andere Gründe zurückzuführen gewesen (vgl. hinten Rz 63 u.322).

12. Der Vertrag von 1982 wurde am 1. September 2006 durch ein neues Vertragswerk bestehend aus einem „Distribution Agreement“ und einem „Agreement on the Manufacture of Dental Products“ ersetzt.

13. Das neue Distribution Agreement verpflichtet Gebro, Gaba über Lieferanfragen aus dem Ausland zu informieren. Die entsprechende Klausel lautet wie folgt:

„The distributor [Gebro] shall not make any active endeavours to solicit orders for the products [Gaba-Produkte] outside the territory [Österreich] and shall not establish any centre for the distribution of the products outside the territory. [The] distributor shall inform [the] principal [Gaba] of any request of supply of products coming from outside the territory. The principal or its affiliates shall not make any active endeavours to sell products in the territory.“

14. Denner listete Elmex rot im Jahr 1994 aus seinem Sortiment aus. Später wollte Denner das Produkt wieder in das Sortiment aufnehmen und hat seit 2003 verschiedene Versuche unternommen, um direkt von Gaba beliefert zu werden. Gaba verweigerte die Lieferung mit der Begründung, dass Denner die selektiven Kriterien von Gaba nicht erfüllte.

15. Denner versuchte daraufhin, Elmex parallel zu importieren. Anfang November 2005 versuchte Denner über eine [...] Zwischenhändlerin, aus dem österreichischen Markt Elmex für den Verkauf in der Schweiz zu beschaffen. Denner legte einen E-Mail-Verkehr ins Recht, aus welchem sich ergibt, dass sie am 2. November 2005 eine Anfrage an die [...] Zwischenhändlerin getätigt hat. Die Anfrage über eine Belieferung von 20'000 Tuben Elmex rot je Monat zum Preis von EUR 1.43 wurde von der Zwischenhändlerin zunächst bestätigt. Die Zwischenhändlerin schrieb jedoch rund zwei Wochen später an Denner zurück, dass aus dem österreichischen Handel keine Mengen erhältlich seien und führte folgende Begründung an:

„Der Lizenznehmer in Österreich wird uns keine Ware für den Export zur Verfügung stellen“.

16. Denner hat sich nach eigenen Angaben nie direkt mit einer Lieferanfrage an Gebro gewandt, da sie dies als aussichtslos einschätzte.

17. Gebro bestreitet, von der [...] Zwischenhändlerin oder von sonst jemandem eine entsprechende Lieferanfrage erhalten zu haben. Sie sagt überdies, dass mit Denner verhandelt worden wäre, wenn Denner im Jahre 2005 direkt an sie herangetreten wäre. Eine Lieferung wäre ab Frühsommer 2006 möglich gewesen. Gebro wäre auch an einer Lieferung von 20'000 Tuben Elmex rot pro Monat interessiert gewesen, denn dies hätte einer Absatzsteigerung von [...] % entsprochen.

18. Mit Eingabe vom 8. Oktober 2008 informierte Denner das Sekretariat über einen erneuten Belieferungsversuch. Aus dem vorgelegten E-Mail-Verkehr vom April 2007 ergibt sich eine Lieferanfrage über dieselbe [...] Zwischenhändlerin. Hingegen hat ein Geschäftsleitungsmitglied von Denner im Rahmen der Zeugeneinvernahme vom 6. Juli 2009 vor der WEKO ausgesagt, dass nach der Anfrage im November 2005 keine weiteren Versuche unternommen worden seien. Auch kam die Anfrage von April 2007 nach den Ausführungen von Gebro nie bei ihr an. Denner verweigerte nähere Angaben zu den angegangenen Kontaktpersonen, unter Berufung auf Geschäftsgeheimnisse und auf den Umstand, dass [...] und die Parallelhandelsopportunitäten gefährden würde.

19. Eine schweizerische Unternehmung, die Spar Management AG (nachfolgend: Spar), importiert mit Wissen und Willen der Parteien seit 2003 Gaba Produkte indirekt aus der Produktion von Gebro aus Österreich parallel in die Schweiz.

20. Seit dem 16. März 2009 wird Denner von Gaba direkt mit Elmex rot beliefert. Denner verkauft das Produkt Elmex zu einem Normalverkaufspreis von CHF 4.40. Im Mai 2009 senkte Coop den Normalverkaufspreis für Elmex rot um rund 10% von CHF 4.90 auf CHF 4.40.

21. Anlässlich der Zeugeneinvernahme vom 6. Juli 2009 wurde Denner von Gebro dazu eingeladen, künftige Lieferanfragen direkt an sie zu richten. Von dieser Möglichkeit hat Denner Gebrauch gemacht, woraufhin Gebro Denner am 28. August 2009 eine schriftliche Offerte unterbreitete. Gebro offerierte Elmex rot zu einem Preis von EUR [...].

22. Ende September 2009 hat Denner eine bestimmte (limitierte) Menge Elmex rot Zahnpasta, welche parallel importiert wurde, zu einem Aktionspreis von CHF 2.85 pro Stück zum Verkauf angeboten.

23. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass Denner das Sekretariat mit Schreiben vom 12. Februar 2009 darüber informiert hat, „... an einer Weiterführung der Untersuchung gegen Gaba AG kein Interesse mehr ...“ zu haben“.

A.3. Verfahren

24. Am 30. November 2005 reichte Denner eine Anzeige gegen Gaba ein betreffend den selektiven Vertrieb von Gaba für die Produkte Elmex und Meridol, die Nichtbelieferung von

Denner als Mittel zur Preishochhaltung, die Verhinderung von Parallelimporten von Elmex rot sowie die Behinderung von Denner im Wettbewerb wegen dem must-in-stock Charakter von Elmex und Meridol.

25. Am 10. Mai 2006 eröffnete das Sekretariat eine Vorabklärung gemäss Art. 26 KG und verschickte Fragebögen an die Detailhändler Manor, Aldi Suisse AG (nachfolgend: Aldi), Volg Konsumwaren AG (nachfolgend: Volg), Spar Handels AG (nachfolgend: Spar), Coop, Migros und Carrefour. Der Fragebogen umfasste Fragen zu den Verkaufspreisen, allfälligen Preisvorschriften oder Preisempfehlungen von Gaba und einer möglichen Behinderung von Parallelimporten von Elmex rot aus dem Ausland.

26. Gleichentags wurde Gaba ein Fragebogen betreffend Informationen zum Vertriebssystem, zur Preispolitik und zu Parallelimporten zugestellt.

27. Die Antworten zu den Fragebögen gingen zwischen dem 17. Mai und dem 12. Juli 2006 ein.

28. Mit E-Mail vom 12. Oktober 2006 fragte das Sekretariat Gebro nach den Gründen der Nichtbelieferung von Denner. Gebro antwortete mit E-Mail vom 24. Oktober 2006, dass solche Auskünfte erst auf formelle Anfrage hin erteilt würden.

29. Am 8. Februar 2007 teilte das Sekretariat Denner und Gaba mit, dass im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO eine Untersuchung gemäss Art. 27 KG eröffnet wurde. Das Sekretariat gab die Eröffnung der Untersuchung mittels amtlicher Publikation gemäss Art. 28 KG am 2. März 2007 im Schweizerischen Handelsamtsblatt und am 13. März 2007 im Bundesblatt bekannt.

30. Mit Schreiben vom 27. Februar 2007 informierte das Sekretariat Gaba darüber, dass die Akten aus dem Vorabklärungsverfahren in das Untersuchungsverfahren übernommen werden. Gaba wurde zudem die Möglichkeit eingeräumt, den Sachverhalt zu aktualisieren.

31. Mit Schreiben vom 3. April 2007 informierte Denner das Sekretariat darüber, dass ein erneuter Versuch, Elmex rot aus Österreich zu beziehen, gescheitert sei. Der ausländische Lieferant habe Denner mitgeteilt, dass Gaba nicht erlaube, Elmex rot aus Österreich an Denner zu liefern.

32. Am 4., 5. und 12. April 2007 teilte das Sekretariat den in der Vorabklärung befragten Lebensmittel-Detailhandelsunternehmen sowie Gebro mit, dass die Akten aus der Vorabklärung in das Untersuchungsverfahren übernommen werden. Daneben wurde den Detailhändlern die Möglichkeit eingeräumt, Korrekturen und Ergänzungen zu ihren bisher eingereichten Unterlagen anzubringen.

33. Mit Eingabe vom 31. Mai 2007 nahm Gaba Stellung zur Übernahme der Akten aus der Vorabklärung. Im Wesentlichen erklärte sich Gaba damit einverstanden, die eingereichten Unterlagen in das Untersuchungsverfahren zu übernehmen. Gaba wies jedoch darauf hin, dass Denner auf den zivilen Weg zu verweisen sei. Das Untersuchungsverfahren sei einzustellen.

34. Vor dem Hintergrund der Prüfung des Zusammenschlussvorhabens Migros/Denner teilte das Sekretariat Denner mit Schreiben vom 31. Juli 2007 mit, dass vorübergehend auf Instruktionsmassnahmen verzichtet werde.

35. Im Anschluss an den Unternehmenszusammenschluss Migros/Denner (RPW 2008/1, 129 ff.), teilte Gaba Migros Anfang 2008 mit, dass Denner nicht mit Gaba-Produkten beliefert werden dürfe.

36. Am 9. April 2008 verschickte das Sekretariat Fragebögen an Denner, Gaba, Gebro (mit entsprechender Information an die Bundeswettbewerbsbehörde), Verbände (5, wovon alle

geantwortet haben), Detailhändler (11, wovon 10 geantwortet haben³), Konsumentenschutzorganisationen (5, wovon alle geantwortet haben), Apotheken (22, wovon 21 geantwortet haben), Drogerien (21, wovon 19 geantwortet haben) und Zahnpastahersteller (16, wovon alle geantwortet haben).

37. Zusätzliche Fragebögen wurden am 22. April 2008 an einen weiteren Detailhändler, am 5. Mai 2008 an Swissmedic und das Bundesamt für Gesundheit, am 2. Juni 2008 an Prof. Dr. med. dent. Thomas Imfeld, am 3., 16. und 18. Juni 2008 an weitere Zahnpastahersteller verschickt.

38. Mit Schreiben vom 15. Mai 2008 forderte das Sekretariat eine repräsentative Anzahl von Zahnärzten auf, die fünf von ihnen am häufigsten empfohlenen Zahnpasten zu nennen. Dieses Schreiben ist darauf zurückzuführen, dass die Schweizerische Zahnärztesgesellschaft (SSO) dem Sekretariat am 6. Mai 2008 mitteilte, sie könne bei ihren Mitgliedern keine entsprechenden Informationen einholen.

39. Am 30. Juli 2008 bat das Sekretariat Gaba um Präzisierungen zur Eingabe vom 12. Juni 2008.

40. Am 7. August 2008 bat das Sekretariat Gaba um weitere Angaben betreffend die Bedeutung der verschiedenen Absatzkanäle sowie um einen aktuellen Geschäftsbericht von Gaba.

41. Am 12. August erhielt das Sekretariat die Antwort von Colgate-Palmolive zum Fragebogen vom 9. April 2008. Colgate-Palmolive ist durch den Rechtsvertreter von Gaba vertreten, da beide zur selben Unternehmensgruppe gehören.

42. Am 1. September 2008 erhielt das Sekretariat die Antworten von Gaba zu seinen Fragen vom 30. Juli und 4. August 2008.

43. In den Monaten September und Oktober 2008 fanden weitere Befragungen von Gaba und Gebro (mit entsprechender Information an die Bundeswettbewerbsbehörde) statt.

44. Mit Schreiben vom 9. Oktober 2008 stellte Denner dem Sekretariat eine Kopie der E-Mail-Korrespondenz zwischen Denner und ausländischen Lieferanten zu, über welchen Denner erneut vergeblich versuchte, aus Österreich Elmex zu importieren (vgl. Rz. 31).

45. Mit Schreiben vom 21. Oktober 2008 stellte Gaba ein Gesuch um Akteneinsicht, welches am 28. Oktober 2008 vom Sekretariat gewährt wurde.

46. Am 20. November 2008 liess das Sekretariat Denner sämtliche Aktenstücke zukommen. Damit hatte Denner hinreichend Gelegenheit, sich zum Verfahren zu äussern, wie das Sekretariat Denner mit Schreiben vom 17. Dezember 2008 mitteilte.

47. Mit Schreiben vom 16. Dezember 2008 wurde Gaba und Gebro (mit entsprechender Information an die Bundeswettbewerbsbehörde) der Antrag des Sekretariats zugestellt und die Parteien wurden diesbezüglich um eine Stellungnahme gebeten. Gleichzeitig wurde Gebro informiert, dass die Untersuchung im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums auf Gebro erweitert wurde.

³ Beim Detailhandelsunternehmen, welches nicht geantwortet hat, handelt es sich um Carrefour. Carrefour hatte sich zwischenzeitlich aus dem Schweizer Markt zurückgezogen. Die Verkaufsstellen wurden von Coop übernommen (vgl. RPW 2008/4, S. 593 ff.). Da in der Schweiz keine Organisation von Carrefour mehr vorhanden war, konnte von Carrefour niemand mehr zu den Fragen Stellung nehmen.

48. Beide Parteien reichten dem Sekretariat in den Monaten Januar, Februar und März 2009 je zwei Gesuche um Fristerstreckung für das Einreichen der Stellungnahme ein, welchen jeweils stattgegeben wurde.

49. Mit Schreiben vom 25. März 2009 reichte Gaba innert der behördlich angesetzten Frist die Stellungnahme zum Verfügungsentwurf des Sekretariats vom 16. Dezember 2008 ein. Die Stellungnahme von Gaba beinhaltete ein Parteigutachten von RBB Economics.

50. In den Monaten April, Mai und Juni 2009 stellte das Sekretariat Denner verschiedene Zusatzfragen in Bezug auf Parallelimporte und die in diesem Zusammenhang eingespannten Zwischenhändler zu.

51. Mit Schreiben vom 30. April 2009 reichte Gebro innert der behördlich angesetzten Frist die Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats vom 16. Dezember 2008 ein.

52. Am 8. Juni 2009 wurden Gaba und Gebro von der WEKO angehört. Den Parteien wurde dabei die Möglichkeit einer mündlichen Stellungnahme eingeräumt. Im Rahmen der Anhörung wurden Gaba und Gebro von der WEKO befragt.

53. Im Anschluss an die Anhörung von Gaba und Gebro holte das Sekretariat bei Denner Informationen zu Unklarheiten betreffend den Sachverhalt des vorliegenden Verfahrens ein. Die entsprechenden Informationen gingen am 12. Juni 2009 beim Sekretariat ein.

54. In der Folge entschied sich die WEKO dazu, Denner als Zeugin einzuvernehmen. Entsprechende Einladungen wurden am 18. Juni 2009 an Denner sowie Gaba und Gebro verschickt. Die Zeugeneinvernahme fand im Beisein von Gaba und Gebro am 6. Juli 2009 in den Büroräumlichkeiten der WEKO statt.

55. Mit Schreiben vom 7. Juli 2009 wurde den Parteien das Protokoll der Zeugeneinvernahme zugestellt verbunden mit der Aufforderung, dazu sowie zur Zeugeneinvernahme Stellung zu nehmen. Die entsprechenden Eingaben der Parteien gingen am 15. Juli bzw. am 28. Juli 2009 beim Sekretariat ein.

56. Mit Schreiben vom 7. Juli 2009 wurden die Parteien zudem aufgefordert, Stellung zu nehmen für den Fall, dass die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs widerlegt werden könnte. Die Stellungnahmen der Parteien gingen am 24. August 2009 beim Sekretariat ein.

57. Den Parteien wurde im Rahmen des rechtlichen Gehörs fortlaufend die zu den Akten genommenen Dokumente zugestellt.

58. Am 1., 6. und 26. Oktober 2009 wandte sich Denner mit drei Schreiben an das Sekretariat, welche allesamt weder neue Fakten, noch sonstige wichtige Gesichtspunkte aufwiesen, die für den Entscheid relevant sind.

59. Am 30. November 2009 entschied die WEKO über das vorliegende Verfahren.

A.4. Wesentliche Vorbringen der Parteien

60. Die Parteien machen im Wesentlichen geltend, dass Parallelimporte von Österreich in die Schweiz nicht verhindert wurden und dementsprechend möglich seien. Dies belege die Tatsache, dass Spar seit 2003 Gaba-Produkte mit Wissen und Willen der Parteien parallel importiere. Gaba bringt zudem vor, dass ab dem 1. September 2006 gar keine Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG bestanden habe, da nur aktive Verkäufe ausserhalb Österreichs verboten waren. Die Parteien hätten einem unzulässigen Passivverkaufsverbot auch nicht konkludent zugestimmt.

61. Im Weiteren sei Art. 5 Abs. 4 KG vorliegend nicht anwendbar, da kein Vertriebsvertrag, sondern ein Lizenzvertrag vereinbart worden sei. Der Wortlaut von Art. 5 Abs. 4 KG lasse eine Anwendung auf diesen Fall nicht zu, da die Schweiz im Vertriebsvertrag gar nicht zugewiesen worden sei. Ferner seien Parallelimporte von Elmex rot wegen technischen Handelshemmnissen (Heilanpreisungen, Warnhinweise) nicht möglich gewesen. Gaba vertreibe ihre Produkte in einem kartellrechtlich zulässigen selektiven Vertriebssystem und Denner sei nicht beliefert worden, da dieser die selektiven Kriterien von Gaba nicht erfüllte. Gaba bringt ferner vor, dass die Marktanteilsschwelle von 30% für eine Nichtfreistellung nach der EU-Gruppenfreistellungsverordnung über Technologietransfer-Vereinbarungen⁴ auf dem relevanten Produktmarkt Österreich nicht erreicht sei.

62. Die Parteien machen weiter geltend, dass sich die Widerlegung der Vermutung nach Art 5. Abs. 4 KG auf den Nachweis von Interbrand-Wettbewerb konzentrieren müsse. Beide Parteien bringen vor, dass im vorliegenden Fall sowohl intensiver Intra- als auch intensiver Interbrand-Wettbewerb herrsche, womit die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs widerlegt werden könne. Gaba reichte in ihrer Stellungnahme ein ökonomisches Parteigutachten von RBB Economics ein, welches diese Punkte untermauern soll.

63. Gebro erläutert, dass kein Passivverkaufsverbot bezweckt oder bewirkt worden sei; die gelebte Vertragswirklichkeit habe kein Passivverkaufsverbot beinhaltet. Nebst Parallellieferungen in die Schweiz würden die Vertragsprodukte seit vielen Jahren durch Gebro direkt und indirekt in andere Länder ausserhalb Österreichs exportiert. [...] Im Weiteren könne eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung – da Kapazitätsengpässe vorlagen – durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden.

64. Gebro macht schliesslich geltend, das Sekretariat habe die Untersuchungsmaxime verletzt, da die Parallellieferungsaktivitäten sowie die Kapazitätsengpässe bei Gebro nicht untersucht worden seien.

65. Gaba bringt vor, dass Denner keinen Versuch unternommen habe, die Produkte (insbesondere Elmex rot) von einem österreichischen Handelsunternehmen oder gar direkt von Gebro zu beziehen. Gemäss eigenen Aussagen habe Gebro nie eine Lieferanfrage erhalten, die für Denner bestimmt gewesen sei. Denner habe sich nie selbst an Gebro gewandt. Hinsichtlich des Gehalts der Anzeige von Denner führt Gaba ins Feld, dass lediglich zwei E-Mails existieren würden, welche die Vorwürfe von Denner belegen sollten. Diese Korrespondenz besage jedoch lediglich, dass es einem [...] Handelsunternehmen nicht möglich war, Gaba-Produkte von einem österreichischen Handelsunternehmen zu beziehen.

66. In verfahrensrechtlicher Hinsicht macht Gaba geltend, dass das Sekretariat im Jahre 2002 die Marktstellung von Gaba auf dem Zahnpastamarkt untersuchte und dabei zum Schluss gekommen sei, dass Gaba nicht marktbeherrschend wäre und keine Hinweise für vertikale oder horizontale Preisabreden vorgelegen hätten.

67. Zu diesem Vorbringen ist zu präzisieren, dass im Rahmen besagter Marktbeobachtung lediglich die Frage des Vorliegens allfälliger Preisabreden untersucht wurde; die Frage der Behinderung von Parallelimporten wurde indes nicht beurteilt. Zudem wies das Sekretariat im Abschlusschreiben vom 12. Juli 2002 Gaba darauf hin, dass die WEKO durch die wettbewerbsrechtliche Beurteilung des Sekretariates nicht gebunden werde. Daher kann Gaba aus den Erkenntnissen der genannten Marktbeobachtung nichts zu ihren Gunsten ableiten.

⁴ Verordnung (EG) Nr. 772/2004 der EU-Kommission vom 27. April 2004 über die Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EGV auf Gruppen von Technologietransfer-Vereinbarungen, ABl. 2004 L 123/11.

68. Gaba beanstandet ferner, dass das vorliegende Untersuchungsverfahren während beinahe einem Jahr sistiert wurde; das Sekretariat habe wegen des Zusammenschlusses Migros/Denner keine Zeit mehr für die Untersuchung gehabt.

69. Zutreffend ist, dass das Untersuchungsverfahren während längerer Zeit sistiert wurde, da in besagtem Zeitraum die vertiefte Prüfung des Zusammenschlussvorhabens Migros/Denner⁵ hängig war. Dieses Vorgehen war wegen der Sachlage angebracht.

70. Schliesslich führt Gaba ins Feld, dass Denner den dieser Untersuchung zugrunde liegenden Sachverhalt wahrheitswidrig wiedergegeben habe, indem Denner ohne entsprechende Beweismittel behauptete, Gaba erlaube nicht, die Zahnpasta Elmex aus Österreich an Denner in der Schweiz zu liefern. Gaba seien die Identität und der Sitz des Unternehmens, über welches Denner Elmex rot parallel importieren wollte, nicht bekannt. Ohne diese Identität könne Gaba die Richtigkeit der Aussage nicht überprüfen. Denner habe denn auch nie versucht, Elmex rot direkt von Gebro in Österreich zu beziehen.

71. Dem ist zu entgegnen, dass die Identität des Handelsunternehmens für die Beurteilung des in Frage stehenden Sachverhaltes von untergeordneter Bedeutung ist.

72. Die Parteien machen geltend, dass es in der vorliegenden Untersuchung um die Frage gehe, ob ein einziges Unternehmen – Denner – 20'000 Tuben Elmex rot pro Monat importieren konnte oder nicht. Es gehe in diesem Fall daher einzig um die individuellen Interessen von Denner. Gaba führt ferner ins Feld, dass der wirksame Wettbewerb vorliegend nicht beeinträchtigt worden sei, was das ökonomische Expertengutachten belege. Die WEKO sei daher mangels öffentlichen Interesses nicht für das Verfahren zuständig. Denner hätte ihre Ansprüche richtigerweise auf dem Zivilweg geltend machen müssen. Dies belege denn auch die Desinteresseerklärung von Denner.

73. Zu diesem Vorbringen von Gaba ist festzuhalten, dass das Sekretariat gemäss Art. 26 Abs. 1 KG Vorabklärungen von Amtes wegen, auf Begehren von Beteiligten oder auf Anzeige von Dritten hin eröffnen kann. Es besteht in keinem der drei genannten Fällen ein Anspruch auf Durchführung einer Vorabklärung, doch trifft das Sekretariat dann eine entsprechende Pflicht, wenn ernsthafte Indizien für eine erhebliche Beschränkung oder Beseitigung wirksamen Wettbewerbs vorliegen.⁶ Die E-Mail-Korrespondenz zwischen Denner und der [...] Zwischenhändlerin war als ernsthaftes Indiz für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung zu betrachten, zumal daraus hervorging, dass Denner zunächst die Zusage erhielt, dass die Lieferung von 20'000 Tuben Elmex rot pro Monat „kein Problem“ sei, und die [...] Zwischenhändlerin Denner lediglich rund zwei Wochen später mitteilte, dass „überhaupt keine Mengen“ von Elmex rot aus dem österreichischen Handel erhältlich seien. Retrospektiv betrachtet fällt zusätzlich ins Gewicht, dass die Korrespondenz zwischen Denner und der [...] Zwischenhändlerin zu einem Zeitpunkt stattfand, als der alte Lizenzvertrag noch in Kraft war, welcher Gebro sowohl aktive wie auch passive Verkäufe ins Ausland untersagte.

74. Darüber hinaus ist der öffentlich rechtliche Weg nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 130 II 149) primär auf das öffentliche Interesse an einem funktionierenden Wettbewerb auszurichten. Anhand der zivilrechtlichen Praxis kann festgestellt werden, dass sich die Rolle der Zivilgerichte oftmals darauf beschränkt, die zivilrechtlichen Folgen einer (von der WEKO zuvor) festgestellten Wettbewerbsbeschränkung im Nachhinein zu regeln.⁷ Bereits vor diesem Hintergrund wird ersichtlich, dass die Wettbewerbsbehörden ein kartellverwaltungsrechtliches Verfahren einleiten können resp. u.U. sogar müssen, wenn sich die Frage nach einer Beschränkung bzw. Beseitigung wirksamen Wettbewerbs stellt. Daneben

⁵ RPW 2008/1, S. 128 ff.

⁶ Vgl. J. FRICK, Art. 26, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Kartellgesetz, Bern 2007, Rz. 8.

⁷ Vgl. A.-C. HAHN, Art. 12, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Kartellgesetz, Bern 2007, Rz. 5.

haben sich in der Praxis der Wettbewerbsbehörden Kriterien für Kartellverwaltungsverfahren herausgebildet. Diese umfassen das Ausmass der Wettbewerbsbeschränkung, die Schwere der Wettbewerbsbeschränkung sowie das Vorhandensein einer Frage von grundsätzlicher Bedeutung.⁸ Der vorliegende Fall geht zurück auf eine Anzeige von Denner, wobei sicherlich auch private Interessen eine gewisse Rolle spielen, doch stellt sich vorliegend die Frage, ob Parallelimporte behindert wurden, was unter Umständen zu einer Hochhaltung des Preisniveaus in der Schweiz führte. Dabei gilt es zu berücksichtigen, dass in Übereinstimmung mit der Praxis der Europäischen Kommission Abreden betreffend die Behinderung von Parallelimporten als besonders schwere Wettbewerbsverstösse gelten.⁹ Vor diesem Hintergrund ist die Zuständigkeit der WEKO als gegeben zu betrachten.

B. Erwägungen

B.1. Geltungsbereich

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

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

77. Gaba und Gebro sind als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 KG zu qualifizieren.

B.2. Vorbehaltene Vorschriften

78. 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).

79. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 2 KG wird von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

B.3. Unzulässige Wettbewerbsabrede über die exklusive Zuweisung von Gebieten

80. 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).

⁸ Vgl. V. MARTENET, Les autorités de la concurrence et la liberté économique, in: AJP 8/2008, S. 969 ff.

⁹ Vgl. P. STOCKENHUBER, Art. 81 EGV, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Kommentar zur Europäischen Union, München 2008, Rz. 189.

B.3.1. Wettbewerbsabrede

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

B.3.1.1. Bewusstes oder gewolltes Zusammenwirken

82. Am 1. Februar 1982 schloss Gaba mit Gebro einen Know-how- und Markenlizenzvertrag (nachfolgend: Lizenzvertrag) ab. Dieser wurde am 1. September 2006 durch ein neues Vertragswerk bestehend aus einem „Distribution Agreement“ und einem „Agreement on the Manufacture of Dental Products“ ersetzt.

83. Der bis am 1. September 2006 gültige Lizenzvertrag enthielt in Ziff. 3.2 eine Klausel, wonach Gebro die unter Verwendung des Know-hows von Gaba in Lizenz hergestellten Produkte nur in Österreich vertreiben durfte:

„GABI [GABA International AG] verpflichtet sich, die Ausfuhr der Vertragsprodukte [Elmex Zahnpaste, Elmex Gelée, Elmex Fluid und Aronal forte Zahnpaste]¹⁰ nach Oesterreich mit allen ihr zu Gebote stehenden Mitteln zu verhindern und auch selbst weder direkt noch indirekt in Oesterreich zu vertreiben. Gebro verpflichtet sich ihrerseits, die Vertragsprodukte ausschliesslich in dem ihr vertraglich zustehenden Gebiet [Österreich] herzustellen und zu vertreiben und weder direkt noch indirekt Exporte in andere Länder vorzunehmen.“

84. Die Klausel enthielt somit sowohl ein Verbot aktiver als auch passiver Verkäufe (sog. absoluter Gebietsschutz). Der aktive Verkauf ist die aktive Ansprache einzelner Kunden (Endkunden oder Händler) in einem Gebiet oder einzelner Mitglieder einer Kundengruppe, das bzw. die der Lieferant sich selbst vorbehalten oder ausschliesslich einem anderen Händler zugewiesen hat (Ziff. 2 der Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden vom 2. Juli 2007 [Vertikalbekanntmachung, VertBek]). Der passive Verkauf ist die Erfüllung unaufgeforderter Bestellungen einzelner Kunden (Endkunden oder Händler) aus einem Gebiet oder einzelner Mitglieder einer Kundengruppe, das bzw. die der Lieferant sich selbst vorbehalten oder ausschliesslich einem anderen Händler zugewiesen hat, d.h. das Liefern von Waren an bzw. das Erbringen von Dienstleistungen für solche Kunden (Ziff. 3 VertBek).

85. Im neuen Distribution Agreement werden in Ziff. 12.1 lediglich aktive Verkäufe explizit verboten:

„The distributor [Gebro] shall not make any active endeavours to solicit orders for the products [Gaba-Produkte] outside the territory [Österreich] and shall not establish any centre for the distribution of the products outside the territory. [The] distributor shall inform [the] principal [Gaba] of any request of supply of products coming from outside the territory. The principal or its affiliates shall not make any active endeavours to sell products in the territory.“

86. Bei den in Frage stehenden Verträgen (Lizenzvertrag, „Distribution Agreement“, „Agreement on the Manufacture of Dental Products“) handelt es sich um schriftliche Vereinbarungen zwischen Gaba und Gebro über die Herstellung und den Vertrieb von Gaba-Produkten. Somit erfüllen sie das erste Tatbestandselement einer Abrede.

¹⁰ Nachfolgend: Vertragsprodukte.

B.3.1.2. Bezweckung oder Bewirkung einer Wettbewerbsbeschränkung

87. Neben dem Element des bewussten und gewollten Zusammenwirkens der an einer Abrede beteiligten Unternehmen ist zudem erforderlich, dass eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt wird, eine tatsächliche Beeinflussung des Marktes ist indes nicht notwendig. Bezwecken in diesem Sinne bedeutet, dass die Abrede oder die abgestimmte Verhaltensweise objektiv geeignet sein muss, eine Wettbewerbsbeschränkung herbeizuführen, unwesentlich sind dabei die Vorstellungen der beteiligten Unternehmen. Bewirkt wird eine Wettbewerbsbeschränkung dann, wenn tatsächlich eine Beeinflussung auf dem relevanten Markt stattfindet. Nicht erforderlich ist indes, dass die Wirkung bereits eingetreten ist. Es genügt, wenn diese mit hinreichender Wahrscheinlichkeit in naher Zukunft eintreten kann.¹¹

Situation vor dem 1. September 2006

88. Der bis zum 1. September 2006 gültige Lizenzvertrag bezweckte oder bewirkte eine Wettbewerbsbeschränkung, weil Gaba Gebro untersagte, Elmex rot parallel in die Schweiz zu exportieren und dadurch die Möglichkeit bestand, den Schweizer Markt abzuschotten bzw. den Import von billigeren Produkten zu verhindern.

89. Diesbezüglich bringen die Parteien vor, dass die absolute Gebietsschutzklausel nicht der Vertragswirklichkeit entsprach bzw. weder durchgesetzt noch eingehalten wurde.

90. Dem ist entgegenzuhalten, dass das im alten Lizenzvertrag vereinbarte Verbot aktiver und passiver Verkäufe (absoluter Gebietsschutz) zu Lasten von Gebro gemäss Ziff. 3.2. dem Wortlaut nach klar und unzweideutig lautet. Eine anderslautende Abrede liegt bis zum 1. September 2006 nicht vor. Es fehlen auch sonst Hinweise wie Protokolle, Besprechungsnotizen, Korrespondenzen, E-Mail-Verkehr, welche auf eine Ausserkraftsetzung oder faktische Nichtbeachtung des Vertrages schliessen liessen. Im Markt selbst konnte Denner keine Parallelimporte tätigen. Importe aus Österreich in die Schweiz finden jedoch in bescheidenem Umfang (vgl. Rz. 247) über den Spezialfall Spar statt, welcher indirekt über [...] importiert (vgl. Rz. 107).

Situation nach dem 1. September 2006

91. Das seit dem 1. September 2006 geltende Distribution Agreement enthält in Ziff. 12.1 ein Verbot des aktiven Verkaufs. Dieses Verbot bezweckt oder bewirkt eine Wettbewerbsbeschränkung, da die Wettbewerbsintensität in einem gewissen Gebiet dadurch tendenziell abnimmt, was den Wettbewerbsparameter Preis beeinflussen kann. Gleichzeitig verpflichtet der Vertrag Gebro in Ziff. 12.1, Gaba bei Bestellungen von Kunden ausserhalb des zugewiesenen Gebiets zu informieren. Bei Nichteinhaltung dieser Informationspflicht verfügt Gaba über die Möglichkeit, den Vertrag zu kündigen. Unter Berücksichtigung des Umstandes, dass [...], war Gaba daher in der Lage, ein faktisches Verbot des Passivverkaufs durchzusetzen und damit den Wettbewerb zu beschränken.

92. Die Parteien bringen vor, dass seit dem 1. September 2006 kein Verbot von Passivverkäufen mehr vorliege. Die Herleitung eines solchen aus der Informationspflicht von Gebro gegenüber Gaba sei vertragsrechtlich nicht nachvollziehbar. In Bezug auf das Passivverkaufsverbot sei keine Abrede nach Art. 4 Abs. 1 KG nachgewiesen worden.

93. Die im Distribution Agreement statuierte Informationspflicht zu Lasten von Gebro, wonach Gebro verpflichtet ist, Gaba über Lieferanfragen von Unternehmen ausserhalb Österreichs zu orientieren, ist vor folgendem Hintergrund zu sehen:

¹¹ Vgl. R. KÖCHLI/P. M. REICH, Art. 4, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Kartellgesetz, Bern 2007, Rz. 24 f.

- Durch die Information über Lieferanfragen von Unternehmen ausserhalb von Österreich und bei vertragskonformer Umsetzung ist Gaba stets lückenlos über die Warenströme von Gaba-Produkten in Zentraleuropa im Bilde. Hinzu kommt, dass Gaba – mit Ausnahme von Österreich – in sämtlichen an die Schweiz angrenzenden Ländern mit gruppeneigenen Gesellschaften tätig ist (vgl. auch Abbildung 1). Durch die Informationspflicht zu Lasten von Gebro gemäss dem Distribution Agreement verschafft sich Gaba die Möglichkeit, die Exportpolitik von Gebro zumindest indirekt zu beeinflussen, weil [...]. Die Informationspflicht vermochte bzw. vermag die Entscheidautonomie von Gebro massgeblich zu beeinflussen. Alleine diese Beeinflussung spielt bei der Beurteilung der Frage, ob eine Wettbewerbsabrede vorliegt, eine Rolle. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Beschränkung ausdrücklicher Zweck oder bloss eine mögliche, unbeabsichtigte Wirkung einer rechtlich relevanten Abrede ist.¹²
- Mit Blick auf die Praxis der Europäischen Behörden bzw. die Rechtsprechung in der EU kann ein kürzlich ergangenes Urteil herangezogen werden. Dabei hatte das EuG die Frage zu beurteilen, ob gestützt auf eine Reihe von Schreiben zwischen Vertriebshändlern und einem Hersteller betreffend Produktpreise und weitere marktrelevante Informationen eine Vereinbarung i.S.v. Art. 81 Abs. 1 EG-Vertrag (EGV) vorlag. Das EuG hielt in seinen Erwägungen fest, dass eine Willensübereinstimmung sich sowohl aus den Klauseln eines Vertrages als auch aus dem jeweiligen Verhalten der in Frage stehenden Unternehmen ergeben könne. Beim konkret zu beurteilenden Fall hielt das EuG fest, dass aus dem Wortlaut der von den Parteien ins Recht gelegten Faxschreiben nicht eindeutig hervorgehe, dass sie Parallelexporte unterbinden sollten. Doch eine Gesamtschau ergebe, dass die Schreiben in mehr oder weniger direktem Zusammenhang mit der Existenz von Paralleleinfuhren stehen. Das EuG hielt fest, dass der Hersteller (Nintendo) ein System der praktischen Zusammenarbeit und des Informationsaustausches geschaffen habe, woran sich u.a. die Alleinvertriebshändlerin von Nintendo für Belgien und Luxemburg beteiligte, was den Schluss zuliesse, dass eine Beschränkung des Parallelhandels bezweckt wurde (EuG, Urteil vom 30. 4. 2009 - T-18/03). Ergänzend sei angefügt, dass in diesem Fall ein Vertriebsvertrag vorlag, welcher keine durch Art. 81 Abs. 1 EGV verbotene Klausel enthielt.

94. Hält man sich dieses Urteil vor Augen, wird die Problematik der in Frage stehenden Informationspflicht ersichtlich:

- Selbst wenn ein Informationsaustausch zwischen einem Hersteller und Vertriebshändlern zu anderen Zwecken als einer Implementierung eines absoluten Gebietsschutzes vereinbart wird, ist es möglich, dass solche Formen der Zusammenarbeit, je nach Intensität und Regelmässigkeit, wettbewerbsbeschränkende Wirkungen zur Folge haben können. Was im vorgenannten Urteil des EuG festgehalten wurde, hat in casu a fortiori für die im Distribution Agreement verankerte Informationspflicht zu gelten. Denn im Gegensatz zum Urteil des EuG bestand in concreto vor der Vereinbarung der Informationspflicht im alten Lizenzvertrag ein ausdrückliches Verbot aktiver und passiver Verkäufe (absoluter Gebietsschutz). Daher vermag alleine die formelle Änderung der vertraglichen Beziehung zwischen Gaba und Gebro vormals bestehende wettbewerbsbeschränkende Wirkungen nicht zu beseitigen.
- Es ist zwar durchaus möglich und nachvollziehbar, dass die Informationspflicht (noch) zu anderen Zwecken als der Implementierung eines absoluten Gebietsschutzes statuiert wurde (z.B. zwecks Sicherstellung der Versorgung etc.). Entgegen den Vorbringen der Parteien ist jedoch nicht nachvollziehbar, weshalb Gaba über Gebro (ihren Vertriebspartner in Österreich) Marktinformationen einholt, um neue Märkte zu erschliessen, denn

¹² Vgl. J. BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, 2. Aufl., Zürich 2005, Art. 4 N.5.

gemäss Angaben der Parteien regelten bzw. regeln der alte Lizenzvertrag sowie die neuen Verträge nämlich nur die Beziehungen zwischen Gaba und Gebro in Österreich. Zudem wies Gaba darauf hin, dass Gebro ein unabhängiges Unternehmen sei, welches vorrangig im österreichischen Markt tätig sei.

95. Vor diesem Hintergrund ist die im Distribution Agreement enthaltene Informationspflicht zu Lasten von Gebro aus wettbewerbsrechtlicher Sicht grundsätzlich geeignet, den vormals bestehenden absoluten Gebietsschutz faktisch fortzuführen.

Fazit

96. Die im Lizenzvertrag enthaltene Klausel (Ziff. 3.2) und die im Distribution Agreement enthaltene Informationspflicht (Ziff. 12.1) sind als Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren.

B.3.2. Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs

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

B.3.2.1. Vorliegen einer vertikalen Abrede über die exklusive Zuweisung von Gebieten

98. Unter den gesetzlichen Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG fallen Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, sofern passive Verkäufe in diese Gebiete durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden (sog. absoluter Gebietsschutz; Ziff. 10 Abs. 1 lit. b VertBek).

99. Nicht unter den Vermutungstatbestand fällt hingegen das Verbot des aktiven Verkaufs.

B.3.2.1.1. Vertikale Gebietsabrede zwischen Gaba und Gebro

Situation vor dem 1. September 2006

100. Bis zum 1. September 2006 wurde Gebro durch Ziff. 3.2 Lizenzvertrag verpflichtet, die Vertragsprodukte ausschliesslich in dem ihr vertraglich zustehenden Gebiet herzustellen und zu vertreiben und weder direkt noch indirekt Exporte in andere Länder vorzunehmen. Der Lizenzvertrag statuierte somit sowohl ein aktives als auch ein passives Verkaufsverbot. Dies bedeutet, dass Gebro potenzielle Kunden in vertragsfremden Gebieten weder aktiv ansprechen (Verbot des aktiven Verkaufs; Ziff. 2 VertBek) noch unaufgeforderten Bestellungen von Kunden aus solchen Gebieten nachkommen durfte (Verbot des passiven Verkaufs; Ziff. 3 VertBek). Somit lag ein absoluter Gebietsschutz vor, der den wirksamen Wettbewerb nach Massgabe von Art. 5 Abs. 4 KG vermutungsweise beseitigt (Ziff. 10 Abs. 1 lit. b VertBek).

101. Die Parteien bestreiten, dass eine vertikale Gebietsabrede zwischen Gaba und Gebro vorliegt. Gaba macht zunächst geltend, dass keine Abrede nach Art. 5 Abs. 4 KG vorliegt, weil es sich beim Vertrag vor dem 1. September 2006 nicht um einen Vertriebsvertrag, sondern um einen Lizenzvertrag handelt. Lizenzverträge würden von Art. 5 Abs. 4 KG nicht erfasst. Nach Art. 5 Abs. 4 KG werde die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bei Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten vermutet, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden. Aus den parlamentarischen Arbeiten zu Art. 5 Abs. 4 KG gehe hervor, dass lediglich „Vertriebsverträge“ von Art. 5 Abs. 4 KG erfasst werden sollten. Die Gebietszuweisung im Rahmen von Lizenzabreden sollte demgegenüber von Art. 5 Abs. 4 KG ausgeschlossen werden. In Anlehnung an die VO (EG)

2790/1999¹³ würden Vereinbarungen, die Bestimmungen enthalten, welche die Übertragung von geistigem Eigentum betreffen, dann nicht als Vertriebsverträge qualifiziert, wenn diese Bestimmungen Hauptgegenstand der Vereinbarung seien und sich nicht unmittelbar auf die Nutzung, den Verkauf oder den Weiterverkauf von Waren oder Dienstleistungen durch den Käufer beziehen. Im Einklang mit der Vertikalbekanntmachung der WEKO und der EU Praxis sei der (alte) Vertrag als Lizenzvertrag und damit als Technologietransfervereinbarung i.S. der VO (EG) 772/2004 und nicht als Vertriebsvertrag zu qualifizieren.

102. Aus folgenden Gründen wird der vorliegende Lizenzvertrag vom Anwendungsbereich des Art. 5 Abs. 4 KG erfasst:

- Lizenzverträge sind als Verträge i.S.v. Art. 1 des Obligationenrechts (OR; SR 220) verbindliche und erzwingbare Vereinbarungen nach der Legaldefinition von Art. 4 Abs. 1 KG. Ob diese Abreden im Einzelfall Wettbewerbsbeschränkungen bewirken oder bezwecken, ist anhand der Kriterien von Art. 5 KG zu beurteilen.¹⁴ Lizenzsysteme sind Distributionsformen, welche eine spezifische vertriebliche Zusammenarbeit, die deutlich über eine warenbezogene Transaktion hinausgeht, beinhalten.¹⁵ Der Lizenzvertrag stellt mithin eine besondere Vertriebsform dar, dessen kartellrechtliche Beurteilung gemäss Art. 5 KG erfolgt.¹⁶ Auch in der Praxis der EU werden Lizenzverträge durch kartellrechtliche Bestimmungen eingegrenzt, weil mit ihnen Wettbewerbsbeschränkungen verbunden sein können.¹⁷
- In Anlehnung an den allgemeinen Grundsatz des Vertragsrechts *falsa demonstratio non nocet*, wonach bei der Auslegung eines Vertrages der übereinstimmende wirkliche Wille der Parteien und nicht die unrichtige Bezeichnung oder Ausdrucksweise zu beachten ist, schliesst alleine die Bezeichnung als Lizenzvertrag nicht per se aus, dass ein solcher Vertrag vom Begriff Vertriebsvertrag gemäss Art. 5 Abs. 4 KG erfasst wird.¹⁸ Dass mit dem Lizenzvertrag neben der Herstellung auch der Vertrieb geregelt werden sollte, ist bereits Ziff. 1.2. des Lizenzvertrages zu entnehmen. Angesichts des übereinstimmenden Willens von Gaba und Gebro, sowohl die Herstellung wie auch den Vertrieb vertraglich zu regeln, sowie des Umstandes, dass eigenen Angaben zufolge Gebro die Stellung als exklusive Vertriebsgesellschaft von Gaba in Österreich zukommen sollte, ist davon auszugehen, dass dem vertrieblichen Aspekt des alten Lizenzvertrages eine tragende Bedeutung zudedacht war. Dies bringt schliesslich auch der Abschluss des (umfangreichen) Distribution Agreements deutlich zum Ausdruck.
- Auf die Frage der Anwendbarkeit der EU-Gruppenfreistellungsverordnung von Technologietransfervereinbarungen wird in Rz. 159 näher eingegangen.

¹³ Vgl. Verordnung (EG) Nr. 2790/1999 der Kommission vom 22. Dezember 1999 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen, Abl. L 336.

¹⁴ Vgl. R. M. HILTY, Lizenzverträge und Art. 5 KG: in Zäch (Hrsg.), Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, Zürich, 2006, S. 43.

¹⁵ Vgl. C. WILDHABER, Formen des Vertriebs und Entscheidungsgrundlagen, in: Kull/Wildhaber (Hrsg.), Schweizer Vertriebsrecht, Zürich/St. Gallen 2008, S. 12, Rz. 53.

¹⁶ Vgl. P. DUCREY, Vertriebsverträge und Kartellrecht, in: Arter (Hrsg.): Vertriebsverträge, Bern 2007, S. 283 ff., insbesondere S. 286.

¹⁷ Vgl. H. LIEBMANN, Vertriebsverträge in der EU, Wien 1998, S. 181.

¹⁸ Vgl. I. SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bern 1998, Rz. 27.38.

103. Die Parteien führen weiter ins Feld, dass Art. 5 Abs. 4 KG nicht anwendbar sei, da der vorliegende Sachverhalt vom Wortlaut der Bestimmung nicht erfasst werde. Die Lizenzverträge würden vorliegend das Gebiet Österreich und nicht die Schweiz zuweisen. Die Schweiz werde auch nicht durch alle übrigen Vertriebsverträge von Gaba indirekt als Gebiet zugewiesen. Mit Art. 5 Abs. 4 KG habe der Gesetzgeber erreichen wollen, dass bei Vertriebsverträgen, die den Schweizer Markt vom Ausland abschotten, die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs vermutet wird. Für die Auslegung von Art. 5 Abs. 4 KG sei zudem bedeutsam, dass keine Regelung geschaffen werden sollte, die Verhaltensweisen, welche nach dem Recht der EG zulässig seien, unter den Vermutungstatbestand gestellt würden.

104. Hinsichtlich des Anwendungsbereiches von Art. 5 Abs. 4 KG werden nachfolgend die zentralen Aspekte der Parteivorbringen eingehend betrachtet:

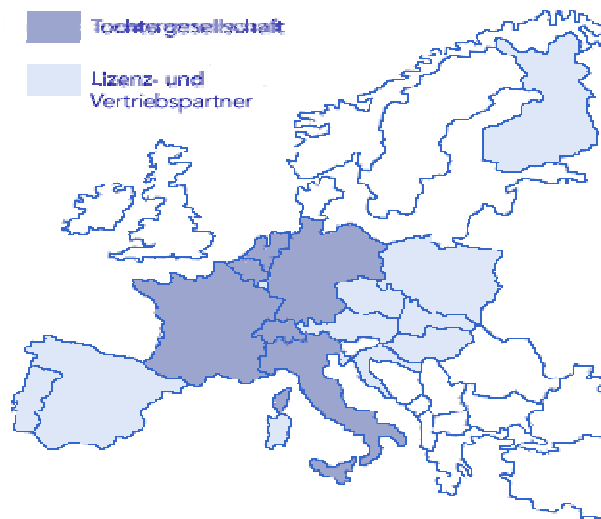
- Wie auch von den Parteien anerkannt, wollte der Gesetzgeber mit Art. 5 Abs. 4 KG verhindern, dass der schweizerische Markt abgeschottet wird, indem Parallelimporte in die Schweiz generell unterbunden werden und dadurch in der Schweiz ein erhöhtes Preisniveau durchgesetzt werden kann.¹⁹ Fraglich ist, ob vor diesem Hintergrund einzig die im Gesetzeswortlaut verankerte Konstellation erfasst wird. Das heisst, einzig „...*Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten...*“ erfasst werden, „...*soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden.*“ Dies würde bedeuten, dass unerwünschte Marktabschottungen lediglich dann unter den Vermutungstatbestand fallen, wenn in Vertriebsverträgen die Schweiz als Vertragsgebiet zugewiesen wird und Verkäufe in die Schweiz ausgeschlossen werden. Die Folge davon wäre, dass andere Konstellationen, mit denen der schweizerische Markt abgeschottet wird (wie z.B. im vorliegenden Fall), und die somit zum gleichen Ergebnis führen, nicht als Marktabschottungen im Sinn des Gesetzgebers gelten würden.
- Betrachtet man die in casu interessierende Ziff. 3.2. des Lizenzvertrages, die da lautet:

„...Gebro verpflichtet sich ihrerseits die Vertragsprodukte (u.a. Elmex rot) ausschliesslich in dem ihr vertraglich zustehenden Gebiet herzustellen und zu vertreiben und weder direkt noch indirekt Exporte in andere Länder vorzunehmen.“

fällt zunächst auf, dass diese Klausel Gebro jegliche Exporttätigkeit untersagt. Vor dem Hintergrund, dass sich Gaba die Schweiz im Lizenzvertrag nicht explizit vorbehalten hat (vgl. Rz. 165) und angesichts des Umstandes, dass Gaba in sämtlichen an die Schweiz angrenzenden Ländern mit gruppeneigenen Gesellschaften am Markt tätig ist (vgl. Abbildung 1), führt die in Frage stehende Klausel letztlich dazu, dass der Schweizer Markt abgeschottet wird, ohne dass Gaba das Gebiet der Schweiz ausdrücklich zugewiesen wurde. Die Formulierung im Lizenzvertrag untersagte Gebro, in andere Länder (als Österreich) Vertragsprodukte zu liefern und ermöglichte Gaba somit, die Warenströme der von Gebro produzierten Vertragsprodukte massgebend zu beeinflussen.

¹⁹ Vgl. P. REINERT, Art. 5, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Kartellgesetz, Bern 2007, Rz. 35 mit weiteren Hinweisen.

Abb. 1: Länderpräsenz von Gaba



Quelle : http://www.gaba.ch/htm/503/de_CH/Laenderpraesenz.htm, besucht am 4. Juni 2009.

105. Eine solche Interpretation entspricht auch der Praxis in der EU:

- Als Leitentscheid kann das Urteil in Sachen „Consten/Grundig“ herangezogen werden, wonach eine zwischen einem Hersteller und einem Vertriebsunternehmen abgeschlossene Vereinbarung, die darauf abzielt, die nationalen Schranken im Handel zwischen Mitgliedstaaten wieder aufzurichten, den grundlegenden Zielen der Gemeinschaft zuwiderlaufen könnte (Urteil des EuGH vom 13. Juli 1966 i.S. Consten-Grundig, 56/64 und 58/64, Slg. 1966, S. 322). Ferner hat der EuGH festgehalten, dass ein in einer Alleinvertriebsvereinbarung vorgesehener absoluter Gebietsschutz für den Händler, der die Kontrolle und die Behinderung der Parallelimporte ermöglichen soll, zu einer vertragswidrigen künstlichen Aufrechterhaltung getrennter nationaler Märkte führt und eine Zuwiderhandlung gegen Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag darstellt (Urteil des EuGH vom 8. Februar 1990 i.S. Tipp-Ex GmbH / Kommission, C-279/87, Slg. 1990, I-261). Schliesslich bestätigte der EuGH das Verbot von Verkäufen, welche die Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs in der Gemeinschaft bewirken und die Handelsströme zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen drohen (Urteil des EuGH vom 28. April 1998 i.S. Javico International und Javico AG / Yves Saint Laurent Parfums SA, C-306/96, Slg. 1998, I-1983). In seinem jüngsten Entscheid hat der EuGH seine Rechtsprechung bestätigt, wonach Vereinbarungen, die den Parallelhandel begrenzen oder verbieten, grundsätzlich eine Verhinderung des Wettbewerbs bezwecken (Urteil des EuGH vom 6. Oktober 2009 i. S. GlaxoSmithKline Services / Kommission, C-501/06 P, noch nicht veröffentlicht).
- Somit sind Massnahmen, welche zu Abschottungen (einzelner) nationaler Märkte führen, mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbar. Im Lichte der Europakompatibilität hat dies (folgerichtig) auch für die Schweiz zu gelten, denn wenn nach der europäischen Praxis die Aufrichtung nationaler Schranken dem Gedanken des EU-Binnenmarktes zuwiderläuft, kann dies a fortiori auch mit den wettbewerbspolitischen Zielen der Schweiz kaum vereinbar sein, ansonsten gerade die Bestrebungen um Rechtsangleichung im zwischenstaatlichen Handel totor Buchstabe bleiben würden.

Aus diesen Gründen ist es dem gesetzgeberischen Willen folgend unablässig, dass Vertriebsverträge, welche direkt oder indirekt den Schweizer Markt abschotten, von Art. 5 Abs. 4 KG erfasst sein müssen.

106. Die Parteien führen ferner an, dass der Schweizer Markt nie abgeschottet worden sei. Kunden in der Schweiz, die gegenüber Gaba den Wunsch geäussert hätten, in Österreich

Waren beziehen zu wollen, seien sogar an Gebro verwiesen worden, wie ein Schreiben von Spar beweise. Dieser Umstand verdeutliche auch, dass die Bestimmung von Ziff. 3.2. des Lizenzvertrages weder eingehalten noch durchgesetzt worden sei. Spar importiere seit 2003 Elmex rot aus Österreich und sei kein Spezialfall. Die Spar Management AG sei ein Schweizer Familienunternehmen, das der Leuthold&Co. AG in St. Gallen und keiner internationalen Gruppengesellschaft gehöre. Spar sei (lediglich) Franchisenehmerin der Spar International. Da Spar seit 2003 Elmex über Dritte importiere und auch Denner dies beabsichtigte, seien die beiden Situationen miteinander vergleichbar (act no. 329, Rz. 84 ff.).

107. Hiergegen ist Folgendes einzuwenden: Spar Schweiz ist Lizenznehmerin von Spar International und bildet einen Spezialfall, da sie über [...] parallel importieren kann. Die gleiche Möglichkeit steht anderen Schweizer Detailhandelsunternehmen nicht offen, da die Spar Management AG (Spar Schweiz) einerseits indirekt zur Spar Österreich-Gruppe gehört und andererseits einem Franchisesystem angeschlossen ist.²⁰ Im Übrigen ist [...] ein bedeutender Kunde von Gaba-Produkten aus der Produktion von Gebro. Gegenüber wichtigen Kunden²¹ ist eine Einschränkung des Weiterverkaufs an einen bestimmten Abnehmer, der zur selben Gruppe gehört, schwierig durchzusetzen. Zudem handelt es sich bei den von den Parteien geltend gemachten Parallelimporten von Spar über [...] um indirekte Lieferungen: Gebro hat gemäss eigenen Angaben nie Vertragsprodukte direkt an Spar geliefert. Die Belieferung von [...] durch Gebro lässt sich auf die vertragliche Marktversorgungspflicht von Gebro zurückführen. Angesichts des Umstandes, dass es Gebro einerseits vertraglich unter sagt war, Vertragsprodukte zu exportieren und dass sich Gebro andererseits in Jahresvereinbarungen mit ihren österreichischen Abnehmern zur Belieferung mit Vertragsprodukten verpflichtete, veranlasste Gebro (zwangsläufig) dazu, eine Interessensabwägung vorzunehmen. Denn Gebro hätte sowohl bei Exporten von Vertragsprodukten wie auch bei Nichteinhaltung der Jahresvereinbarungen eine Verletzung des Lizenzvertrages bzw. der Jahresvereinbarungen begangen.

108. Gebro macht weiter geltend, dass sie seit vielen Jahren Vertragsprodukte direkt und indirekt in andere Länder ausserhalb Österreichs exportiere. [...]

109. Diese Vorbringen von Gebro sind indes zurückzuweisen:

- [...]
- [...]
- [...]

110. Die von Gebro getätigten Exporte nach [...] sind somit in quantitativer Hinsicht vernachlässigbar.

111. Zu den indirekten Exporten von [...] ist zu sagen, dass Gebro mit diesen Unternehmen nach eigenen Angaben rund [...]% des Umsatzes mit Gaba-Produkten generiert und deshalb eine Nichtbelieferung – selbst wenn diese für das Ausland bestimmt wäre – aus betriebswirtschaftlichen Gründen keine Option gewesen wäre. Im Übrigen werden die von Gebro behaupteten indirekten Exporte einzig mit [...] belegt, welche [...] und somit für die Zeitperiode vor dem 1. September 2006 nicht zu berücksichtigen sind.

²⁰ Die Spar Management AG gehört zu 33% der Aspiag Management AG und zu 67% der Leuthold&Co. AG (vgl. RPW 2008/1, S. 164, Rz. 290). Die Aspiag Management AG ist Teil der Spar Österreich Gruppe. Vgl. <http://unternehmen.spar.at/spar/unternehmen/aspiag.htm>; besucht am 14. Mai 2009.

²¹ Spar Österreich ist mit einem Marktanteil von 28.3% im Jahr 2008 das zweitgrösste Unternehmen im österreichischen Lebensmittelhandel Vgl. Daten zum österreichischen Lebensmittelhandel 2008, <http://lebensmittelnet.at/article/articleview/77104/1/8154>, besucht am 17. November 2009.

112. Gaba gab schliesslich an, die Gründe der Nichtbelieferung von Denner durch die [...] Zwischenhändlerin nicht zu kennen. Die [...] Zwischenhändlerin habe sich bezüglich einer Belieferung auch nicht mit Gaba in Verbindung gesetzt. Möglicherweise könne die Nichtbelieferung von Denner jedoch durch die schweizerische Gesetzgebung zu erklären sein, welche dazu führe, dass in Österreich hergestellte Zahnpasta in der Regel nicht in der Schweiz verkauft werden dürfe. Die gesetzlichen Vorgaben im Bereich Zahnpasta würden nach wie vor ein Hindernis für Parallelimporte darstellen. In Österreich würden für Zahnpasta im Allgemeinen folgende, von der Schweiz unterschiedliche gesetzliche Regeln gelten:

- **Fluoridgehalt:** Die gesetzlichen Anforderungen in Österreich seien anders als jene in der Schweiz, z.B. dürfe Elmex Kinderzahnpasta in Österreich über einen Fluoridgehalt von 0.05% verfügen, während in der Schweiz in Mundpflegeprodukten für Kinder bis zu sechs Jahren nur eine Konzentration von maximal 0.025% zulässig sei (Art. 2 Abs. 2 und Anhang 3 der Verordnung des EDI vom 23. November 2005 über kosmetische Mittel [VKos; SR 817.023.31]). Die EG-Kosmetika-Richtlinie enthalte dagegen keine entsprechende Einschränkung. In Österreich könne daher Elmex Kinderzahnpasta mit einem Fluoridgehalt von (500ppm/Olafluor) verkauft werden.
- **Heilanzeigen:** In Österreich sei es üblich, für Zahnpasta mit Heilanzeigen zu werben und auf den Verpackungen solche Auslobungen anzubringen. Daher fänden sich auf den in Österreich hergestellten Produkten Heilanzeigen wie „entzündungshemmend“, „schmerzlindernd“ etc. Solche Heilanzeigen seien in der Schweiz verboten. Gemäss Art. 31 Abs. 3 der Lebensmittel- und Gebrauchsgegenständeverordnung vom 23. November 2005 (LGV; SR 817.02) seien sämtliche Hinweise auf krankheitsheilende, -lindernde oder -verhütende Wirkungen (z.B. entzündungshemmende Wirkungen) verboten. Gewisse Heilanzeigen bei Zahn- und Mundpflegeprodukten seien indes zulässig. So sind (heute) Hinweise auf kariesverhütende sowie auf andere zahnmedizinisch vorbeugende Eigenschaften erlaubt, sofern sie wissenschaftlich belegt werden können. Dies gelte allerdings erst seit dem Inkrafttreten der revidierten LGV, also ab dem 1. April 2008. Bis dahin seien lediglich Hinweise auf kariesverhütende Eigenschaften erlaubt gewesen. Die in Deutschland vertriebene Elmex rot mit dem Hinweis „Medizinische Zahnpasta“ hätte bis zum 1. April 2008 in der Schweiz nicht vertrieben werden können.
- **Beschriftungssprache:** Während es in Österreich regelmässig genüge, die Produkte in deutscher Sprache zu beschriften, müssten in der Schweiz in Verkehr gesetzte Produkte mindestens die Warnhinweise in den drei Amtssprachen enthalten (Art. 3 Abs. 2 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 lit. h VKos). Auf der Tube Elmex rot, welche in der Schweiz vertrieben werde, sei der Hinweis „Enthält/contient/contiene Olafluor“ angebracht. Dabei handle es sich um einen Warnhinweis gemäss der Verordnung des EDI vom 23. November 2005 über kosmetische Mittel (VKos; SR 817.023.31). Die in Deutschland und Österreich vertriebene Elmex rot enthalte keinen dreisprachigen Warnhinweis.

113. Dasselbe gilt gemäss Gaba für Produkte, die zwar der deutschen Gesetzgebung entsprechen, den schweizerischen Vorschriften aber nicht genügen. Wenn Gebro den Schweizer Markt beliefern möchte, müsste sie dafür jeweils die Produktion hinsichtlich Rezeptur, Tuben, Verpackung und Beschriftung umstellen, was angesichts der kleinen Stückzahlen, die in die Schweiz exportiert werden könnten, nicht sehr attraktiv sei.

114. Gebro führt im Zusammenhang mit gesetzlichen Vorgaben an, dass bei einer Belieferung von Denner infolge der unklaren Rechtslage mit straf- und zivilrechtlichen Konsequenzen zu rechnen gewesen wäre.

115. Zu den Vorbringen der Parteien hinsichtlich der gesetzlichen Bestimmungen in der Schweiz ist Folgendes anzumerken:

- Fluoridgehalt: Vorliegend sind die gesetzlichen Bestimmungen für Elmex rot massgebend. In der Schweiz ist die maximal zulässige Fluoridkonzentration in Zahnpasten auf 0.15% beschränkt (Art. 2 Abs. 2 und Anhang 3 VKos; vgl. Rz. 182). Hinsichtlich der Frage allfälliger Unterschiede in der Fluoridkonzentration von Zahnpasten zwischen der Schweiz und dem benachbarten Ausland bzw. diesbezüglicher Importhindernisse führte das Bundesamt für Gesundheit (BAG) aus, dass es für Zahnpasten für Kinder über sechs Jahre und Erwachsene bezüglich der Höchstkonzentration von Fluorid keinen Unterschied gibt zwischen der europäischen Kosmetikrichtlinie²² und der Regelung in der Schweiz (VKos). Somit stellen die gesetzlichen Regeln zum Fluoridgehalt kein Hindernis für den Parallelimport von Elmex rot in die Schweiz dar.
- Heilanpreisungen: Zur Frage, ob es zutrefte, dass es in Österreich üblich sei, für Zahnpasta mit Heilanpreisungen, wie z.B. „entzündungshemmend“ und „schmerzlindernd“ zu werben, führte das BAG aus, dass jeder EU-Mitgliedstaat diesbezüglich über eine eigene Vollzugs- und Abgrenzungspraxis verfüge, was seitens des EG-Gerichtshofes auch toleriert werde. Wie Gaba richtig festhält, sind nach schweizerischer (vom Bundesgericht abgestützter) Praxis bei kosmetischen Mitteln grundsätzlich alle medizinischen Hinweise und Heilanpreisungen wie z.B. „entzündungshemmend, schmerzlindernd“ verboten (Art. 31 Abs. 3 LGV). Allerdings wird bei Zahn- und Mundpflegemitteln eine Ausnahme gemacht: Bei diesen werden Hinweise auf kariesverhütende sowie auf andere zahnmedizinisch vorbeugende Eigenschaften geduldet, wenn sie wissenschaftlich belegt werden können (Art. 31 Abs. 4 LGV). Das Bundesgericht hat den Parallelimport der Zahnpasta „Colgate Dentagard mit Naturkräutern“ durch Denner mit der Auslobung „zahnmedizinisch vorbeugend“ denn auch als zulässig erklärt.²³ Das Bundesgericht hält in seinem Urteil vom 19. Oktober 2006 explizit fest, dass der Hinweis „zahnmedizinisch vorbeugend“ sich nicht nur auf Kariesverhütung beschränke, sondern in Verbindung mit weiteren Angaben auf der Tube (Beseitigung von Plaque, Kräftigung von Zahnfleisch und Schutz vor Karies) zu sehen sei (BGE 2A.213/2006/fco).
- Beschriftungssprache: Das BAG bestätigte, dass Zahnpasten, welche – wie Elmex rot – als kosmetische Mittel eingestuft würden, gemäss Art. 3 Abs. 2 VKos Warnhinweise in den drei Amtssprachen enthalten müssten, die sich deutlich vom übrigen Text abheben. Für sonstige produktspezifische ([zahn-]medizinische) Hinweise genüge hingegen die Angabe in einer Amtssprache (Art. 31 Abs. 2 lit. c LGV). Zutreffend ist, dass es sich beim Begriff „Olafluor“ um einen Warnhinweis i.S.v. Art. 3 Abs. 1 lit. h VKos handelt, welcher in den drei Landessprachen aufgedruckt werden muss. Die Behauptung von Gaba, dass die genannten Hinweise echte Importschranken darstellen sollen, wird durch den Umstand weitgehend widerlegt, dass die von Spar verkaufte Elmex rot besagten Hinweis nur in deutscher Sprache enthält. Darüber hinaus verkaufen auch andere Schweizer Händler Zahnpasten, welche bezüglich Inhaltsstoffe nur in einer Landessprache beschriftet sind. So bieten Pam, Proxi und Treffpunkt die Zahnpasta Leader Price an, welche lediglich in französischer Sprache beschriftet sind.

116. Folgende Fotos von Elmex rot lassen die unterschiedlichen Beschriftungen in der Schweiz und Österreich erkennen. In Abbildung 2 ist eine von Gaba in der Schweiz produ-

²² Vgl. Richtlinie 76/768/EWG des Rates vom 27. Juli 1976 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über kosmetische Mittel, ABl. L 262 vom 27. September 1976, S. 169 ff.

²³ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.213/2006 vom 19. Oktober 2006. Im Nachgang zu diesem Bundesgerichtsentscheid wurde der damals geltende Art. 31 Abs. 4 LGV per 7. März 2008 um den folgenden kursiven Text ergänzt: „Bei Zahn und Mundpflegemitteln sind Hinweise auf kariesverhütende sowie auf andere zahnmedizinisch vorbeugende Eigenschaften erlaubt, wenn sie wissenschaftlich belegt werden können.“

zierte Tube Elmex rot mit dem Warnhinweis in den drei Landessprachen zu sehen (siehe Rückseite der Tube unten rechts).

Abb. 2: Beschriftung Elmex rot durch Gaba



117. In der Abbildung 3 ist eine aus Österreich parallel importierte und in der Schweiz bei Spar verkaufte Tube Elmex rot mit dem Warnhinweis lediglich in deutscher Sprache zu sehen (siehe Rückseite der Tube auf der rechten Seite).

Abb. 3: Beschriftung Elmex rot durch Gebro



118. Zusammenfassend sind die von den Parteien ins Feld geführten Argumente betreffend gesetzliche Importhindernisse nicht stichhaltig. Sie belegen einzig, dass nach schweizerischer Gesetzgebung (theoretische) Importschranken existierten (betreffend Heilanzeigen) und teilweise nach wie vor existieren (betreffend Beschriftungssprache), doch vermochten diese effektiv getätigte Parallelimporte erwiesenermassen nicht zu behindern. Anzeigen bei den entsprechend zuständigen Behörden seitens Gaba im Falle für parallel importierte Elmex rot Zahnpasta wären daher einzig als Indiz dafür zu werten, dass Parallelimporte nicht erwünscht sind.

119. Gebro hat an der Parteibefragung denn auch dargelegt, dass sie an einer Belieferung von Denner interessiert und bereit gewesen wäre, ihr nachzukommen, vorbehaltlich entsprechender Produktionskapazitäten. Eine derartige Anfrage sei jedoch nie an Gebro herangebracht worden.

120. Tatsächlich konnte im Beweisverfahren eine direkte oder indirekte Lieferanfrage bei Gebro für Denner nicht erstellt werden. Zwar versuchte Denner im fraglichen Zeitraum einmal, nämlich im Jahre 2005, über eine [...] Zwischenhändlerin Elmex rot aus Österreich zu importieren. Als Beleg reichte Denner die entsprechende E-Mail-Korrespondenz ein, welche bestätigt, dass Denner am 2. November 2005 eine Anfrage an die [...] Zwischenhändlerin gerichtet hat. Die Anfrage über eine Belieferung von 20'000 Tuben Elmex rot je Monat zum Preis von EUR 1.43 wurde von der Zwischenhändlerin zunächst bestätigt:

„...Die 20'000 Tuben je Monat sind kein Problem. Österreich verkauft die Zahncreme in einer Duo-Pkg aus Karton. Der Sonderpreis wäre 1,43 Euro je Tube [...]. Preis ist sicherlich bis zumindest 31.03.06 machbar...

121. Am 15. November 2005 liess die Zwischenhändlerin indes verlauten:

„[...] wie soeben telefonisch besprochen, müssen wir Ihnen mitteilen, dass wir keine Mengen aus dem österreichischen Handel bekommen können. Der Lizenznehmer in Österreich wird uns keine Ware für den Export zur Verfügung stellen. [...]“

122. Aus diesem E-Mail-Verkehr ergibt sich, dass Denner tatsächlich eine Lieferanfrage an eine [...] Zwischenhändlerin getätigt und sich bemüht hat, Elmex rot parallel zu importieren. Die Bemühungen von Denner waren ernsthaft, forderte doch Denner nach der Bestätigung ihrer Lieferanfrage die [...] Zwischenhändlerin auf, Angaben zur Logistik zu liefern. Dementsprechend übermittelte die [...] Zwischenhändlerin ein paar Arbeitstage nach der Bestätigung der Lieferanfrage von Denner folgende Logistikdaten:

„...6 Duo's = 1 Karton (6 VKE) 45 Karton a 6 Duo's = 1 Lage (270 VKE) 7 Lagen a 45 Karton a 6 Duo's = 1 Palette (1.890 VKE) eine Musterverpackung ist bereits zu ihren Händen unterwegs.“

123. Allerdings ergibt sich aus dem E-Mail-Verkehr nicht, dass die [...] Zwischenhändlerin tatsächlich eine entsprechende Lieferanfrage direkt oder indirekt an Gebro weitergeleitet hat. Gebro macht im Gegenteil geltend, keine Kenntnis einer solchen Anfrage gehabt zu haben:

„...Generell hat Gebro nie eine Lieferanfrage erhalten, in der offen gelegt worden wäre, dass eine Lieferung für Denner bestimmt sei. Auch Denner selbst hat sich nie an Gebro gewandt.“

124. Anlässlich der Anhörung der Parteien vom 8. Juni 2009 bekräftigte Gebro ihre Aussage und antwortete auf entsprechende Frage der WEKO hin, dass sie keine Kenntnis einer entsprechenden Lieferanfrage im fraglichen Zeitraum hatte. Gebro führte weiter aus, dass trotz eingehender interner Recherchen ein möglicher Adressat einer solchen Anfrage (Mitarbeiter) nicht ausfindig gemacht werden konnte, sofern es eine solche überhaupt gegeben haben sollte. An Gebro sei somit nie eine Anfrage von Denner herangetragen worden.

125. Schliesslich hat ein Geschäftsleitungsmitglied von Denner als Zeuge an der Einvernahme vom 6. Juli 2009 erklärt, dass Denner sich nie direkt an Gebro gewandt habe, weil sie das ohnehin als nutzlos erachtet habe. Auch räumte der Zeuge ein, dass Gebro nicht wissen konnte, dass die Anfrage für Denner bestimmt gewesen war. Dieser Zeuge konnte aus eigener Wahrnehmung auch keine Angaben zu Kontakten zwischen der Zwischenhändlerin und Gebro machen.

126. Darüber hinaus weigerte sich Denner trotz schriftlicher Aufforderung der Behörde, diejenigen Kontaktpersonen der [...] Zwischenhändlerin anzugeben, welche zur Lieferanfrage von Denner Auskünfte erteilen können. Denner verweigerte die Auskunft unter Berufung auf Geschäftsgeheimnisse und führte zudem an, dass [...] und die Parallelhandelsopportunitäten gefährden würde. Am 12. Februar 2009 teilte Denner den Wettbewerbsbehörden generell mit, dass sie an der Fortführung des vorliegenden Verfahrens kein Interesse mehr habe. Seither hat sich Denner mit drei Schreiben an das Sekretariat gewandt, welche allesamt weder neue Fakten, noch sonstige wichtige Gesichtspunkte aufwiesen, die für den Entscheid relevant sind (vgl. Rz. 58).

127. Um die bestehenden Geschäftskontakte von Denner mit der [...] Zwischenhändlerin (und anderen Zwischenhändlerinnen) nicht zu gefährden, verzichtete die WEKO in der Folge auf weitere Instruktionsmassnahmen im benachbarten Ausland. Ohne Mithilfe der betroffenen Beteiligten wären derartige Instruktionsmassnahmen denn auch kaum erfolgversprechend gewesen. Nach der heutigen Gesetzgebung kann die Auskunftspflicht gegen ausländische Unternehmen nicht durchgesetzt werden. Es bestehen keine entsprechenden bi- oder multilateralen Rechtshilfeabkommen zwischen der Schweiz und den übrigen europäischen Staaten. Auskunftsbegehren sind zwar grundsätzlich möglich, doch hängt deren Beantwortung vom Willen der befragten ausländischen Unternehmen und Zeugen ab. Die Schweiz

verfügt insofern über kein Instrument, das eine amtliche Zusammenarbeit mit Drittländern in Wettbewerbssachen ermöglichen würde.²⁴

128. Somit ist nicht erstellt, dass tatsächlich eine direkte oder indirekte Lieferanfrage von Denner an Gebro ergangen ist. Eine direkte Lieferanfrage entfällt von vorneherein, da eine derartige Anfrage nach den übereinstimmenden Aussagen von Denner und Gebro nie stattfand. Auch eine indirekte Lieferanfrage konnte nicht nachgewiesen werden. Als mögliches Indiz für eine indirekte Lieferanfrage liegt lediglich ein einziger E-Mail-Austausch vom November 2005 über eine bestimmte Menge Elmex rot vor. Dieser E-Mail-Austausch fand jedoch zwischen Denner und einem Dritten statt, und es konnte nicht erstellt werden, dass über diesen Dritten eine Anfrage an Gebro gelangte.

129. Gestützt auf die obigen Ausführungen kommt die WEKO zum Schluss, dass bis zum 1. September 2006 eine vertraglich vereinbarte vertikale Gebietsabrede nach Massgabe von Art. 5 Abs. 4 KG vorlag. Der Belieferungsversuch von Denner bei Gebro konnte jedoch nicht rechtsgenügend nachgewiesen werden.

Situation nach dem 1. September 2006

130. Am 1. September 2006 wurde der Lizenzvertrag durch ein neues Vertragswerk abgelöst (vgl. Rz. 82). Dieses enthält keine Klauseln, die den Passivverkauf explizit verbieten. Im Distribution Agreement wird Gebro jedoch ein aktives Verkaufsverbot auferlegt. Aktive Verkaufsverbote werden vom Vermutungstatbestand nach Art. 5 Abs. 4 KG nicht erfasst. Allerdings verpflichtet der Vertrag Gebro in Ziff. 12.1, Gaba bei Bestellungen von Kunden ausserhalb des zugewiesenen Gebiets zu informieren. Diese Informationspflicht eröffnet Gaba die Möglichkeit, auf Exporte von Gebro Einfluss zu nehmen und dadurch ein faktisches Verbot des Passivverkaufs durchzusetzen. Mit anderen Worten erlaubt Ziff. 12.1, das ehemalige explizite Verbot von Passivverkäufen implizit fortzusetzen. Betrachtet man den Wortlaut bzw. den Gegenstand der Informationspflicht des Distribution Agreements insbesondere vor dem Hintergrund der Tatsache, dass dieser vertraglichen Klausel eine absolute Gebietschutzabrede voranging, so sind solche Vertragsklauseln grundsätzlich geeignet, Parallelimporte zu behindern.

131. Die vereinbarte Informationspflicht vermag für sich alleine jedoch keine Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG darzustellen. Dazu wären weitere Indizien nötig, welche nahelegen, dass diese Informationspflicht tatsächlich dazu geführt hat, Passivverkäufe aus der Produktion von Gebro ins Ausland zu unterbinden. Ein solches Indiz wäre gegeben, wenn eine Lieferanfrage aus der Schweiz – etwa von Denner – ohne sachliche Gründe abgewiesen worden wäre.

132. In casu machte Denner im Rahmen ihrer Anzeige bei den Wettbewerbsbehörden zunächst geltend, im April 2007 sei ein erneuter Versuch, Elmex aus Österreich zu beziehen, gescheitert. Der ausländische Lieferant habe Denner mitgeteilt, Gaba erlaube nicht, Denner zu beliefern. Diese Aussage basiert auf einer E-Mail-Korrespondenz zwischen Denner und der [...] Zwischenhändlerin. Diese teilte Denner am 1. April 2007 mit, dass sie Denner nach nochmaligem Gespräch mit dem Einkauf der [...] in Österreich nicht mit der gewünschten Zahncreme (Elmex) beliefern könne. Aus [...] könne keine Ware beschafft werden, jedenfalls keine grösseren Mengen, da der Lieferant Gebro die Abnahmemengen genauestens kontrolliere. Generell sei vom Lieferanten nicht gewünscht, dass Auslandsgeschäfte getätigt würden. Dies betreffe nicht nur die Schweiz, denn Gebro habe nur eine Lizenz zur Vermarktung in Österreich. Nach wie vor könne aber Ware aus [...] beschafft werden, jedoch nur in kleineren Mengen.

²⁴ Vgl. Evaluationsgruppe Kartellgesetz, Internationaler Vergleich des schweizerischen Kartellgesetzes mit jenem von ausgewählten Ländern, Projektbericht P9 der KG-Evaluation gemäss Art. 59a KG, Bern, 2008, Rz. 25 f.

133. Mit den von Denner zur Verfügung gestellten Dokumente kann jedoch nicht nachgewiesen werden, dass bei Gebro eine Lieferanfrage einging: Zunächst besteht hinsichtlich des von Denner geltend gemachten Importversuches vom April 2007 insofern ein Widerspruch, als Denner an der Zeugeneinvernahme vom 6. Juli 2009 zu Protokoll gab, dass einzig im Jahre 2005 ein Importversuch von Elmex rot aus Österreich unternommen worden sei. Ferner lässt sich der E-Mail nicht entnehmen, dass Gaba Gebro nicht erlaubte, Denner zu beliefern. In diesem Zusammenhang lieferte Denner den Wettbewerbsbehörden weder von sich aus noch auf entsprechende Anfrage hin weitere einschlägige Beweismittel, welche ihre Behauptungen substantiiert hätten. Im Übrigen ist Denner nie direkt an Gebro herangetreten (vgl. Rz. 125) und hat sich geweigert, den Wettbewerbsbehörden die bei der [...] Zwischenhändlerin zuständigen Personen zu nennen, welche zu den mutmasslichen Lieferanfragen bei Gebro hätten befragt werden können (vgl. Rz. 126).

134. Vor diesem Hintergrund ist nicht erwiesen, ob die von Denner über eine [...] Zwischenhändlerin getätigten Versuche, Elmex rot parallel aus Österreich zu importieren, tatsächlich stattgefunden haben und an Gebro herangetragen wurden. Daher ist das Vorliegen einer Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 4 KG für die Periode nach dem 1. September 2006 nicht erstellt.

135. Gemäss den obigen Ausführungen lag bis zum 1. September 2006 grundsätzlich eine vertraglich vereinbarte vertikale Gebietsabrede nach Massgabe von Art. 5 Abs. 4 KG vor, nicht aber für die Zeitperiode danach. Zu prüfen ist, ob der Vertrieb von Elmex rot einen selektiven Vertrieb erfordert, oder der Lizenzvertrag zwischen Gaba und Gebro vom Anwendungsbereich der EU-Gruppenfreistellungsverordnung über Technologietransfervereinbarungen²⁵ erfasst wird.

B.3.2.1.2. Selektiver Vertrieb von Gaba

136. Im Rahmen von selektiven Vertriebssystemen darf ein Hersteller seinen zum Vertrieb zugelassenen Händlern verbieten, die Vertragsprodukte an nicht zugelassene Händler weiterzuverkaufen. Zunächst werden die Definition und rechtlichen Bestimmungen zu selektiven Vertriebssystemen dargelegt (B.3.2.1.2.1.). Anschliessend wird das Vertriebssystem von Gaba beschrieben (B.3.2.1.2.2.) und gewürdigt (B.3.2.1.2.3.).

B.3.2.1.2.1. Definition und rechtliche Bestimmungen

Definition

137. Ziff. 4 VertBek definiert selektive Vertriebssysteme als Vereinbarungen zwischen Lieferanten und Händlern, wonach

- i. der Lieferant die Vertragswaren oder -dienstleistungen nur an Händler verkaufen darf, die aufgrund festgelegter Merkmale ausgewählt werden (zugelassene Händler) und
- ii. diese Händler die betreffenden Waren oder Dienstleistungen nicht an Händler weiter verkaufen dürfen, die nicht zum Vertrieb zugelassen sind.

Rechtliche Bestimmungen

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

²⁵ Vgl. Fn. 4.

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

B.3.2.1.2.2. Das Vertriebssystem von Gaba im Überblick

Vertriebskanäle in der Schweiz

139. Gaba setzt Elmex rot in der Schweiz über drei Absatzkanäle ab:

- Dental-Kanal: Dieser besteht aus Zahnärzten und Dentalhygienikern. Deren Belieferung erfolgt über den Dental-Grosshandel.
- Drug-Kanal: Dieser besteht aus Apotheken und Drogerien. Die Belieferung erfolgt über den Drug-Grosshandel.
- Food-Kanal: Dieser Detailhandelskanal besteht aus Lebensmittel-Detailhändlern, Internethändlern, Warenhäusern, Convenience-Stores sowie freien Detaillisten.

140. Gaba führt die Produkte laut eigenen Angaben in der Regel zuerst über den Dental- und Drug-Kanal ein und vertreibt sie erst in einer späteren Phase – etwa [...] Jahre später – via Food-Kanal.

Vertriebskanäle im Ausland

141. Im Ausland wird Elmex rot weitgehend über Tochterfirmen von Gaba vertrieben (vgl. Abb. 1, Rz. 104). Dies ist in Deutschland, Frankreich, Italien und in den Benelux-Staaten der Fall.

142. In Spanien, Polen, der Tschechischen Republik, der Slowakei und Ungarn ist Gaba nicht mit einer Tochtergesellschaft tätig. [...]

143. In Österreich besteht ebenfalls keine konzerneigene Vertriebsstruktur. Zur Erschließung dieses Marktes schloss Gaba vor über 25 Jahren mit Gebro einen Know-how- und Markenlizenzvertrag ab. Mit diesem Lizenzvertrag wurde Gebro für Österreich das exklusive Herstellungs- und Vertriebsrecht für Gaba-Produkte eingeräumt. Gebro ist also nicht nur eine Vertriebsgesellschaft, sondern stellt die Produkte von Gaba als Lizenznehmerin her.

Selektionskriterien

144. Die Selektionskriterien von Gaba betreffen das Image der Geschäftsstelle (Ladengestaltung und Erscheinungsbild), die Präsentation der Produkte, das Sortiment im Oral-Care Bereich sowie einen zweiten Verkaufspunkt bei Promotionen:

- Ladengestaltung und Erscheinungsbild: Die Produkte werden in saubereren, freundlichen und hellen Verkaufslokalen angeboten. Der Vertragspartner muss dafür sorgen, dass die innere und äussere Gestaltung des Geschäftes ordentlich ist.
- Präsentation: Die Produkte werden im Regal für Kosmetikprodukte übersichtlich präsentiert. Die Produkte werden geordnet präsentiert, sei es gestellt, gehängt oder liegend. Die Produkte dürfen nicht in Boxen oder Sammelbehälter geschüttet werden.
- Oral-Care Sortiment: Der Vertragspartner sollte über ein kompetentes und nachhaltiges Oral-Care Sortiment verfügen, welches aus mindestens 50% national bekannten Mar-

kenartikeln besteht, keine In-Out Liquidationsposten enthält und in welchem auch neue innovative Produkte eine Gelegenheit erhalten, in einer frühen Phase ihres Lebenszyklus gelistet zu werden.

- Zweiter Verkaufspunkt bei Promotionen: Wenn eine Promotion stattfindet, präsentiert der Vertragspartner die Promotionsprodukte sauber an einem zweiten Verkaufspunkt, idealerweise zusammen mit dem Präsentationsmaterial, in jedem Fall jedoch unter Verwendung der Originalverpackung. Die Produkte dürfen nicht geschüttet werden.

B.3.2.1.2.3. Würdigung

145. Nachfolgend wird anhand von Ziff. 8 Abs. 4 VertBek geprüft, ob – wie von Gaba vorgebracht – ein rein qualitativer Selektivvertrieb vorliegt (vgl. Rz. 138).

Notwendigkeit infolge Produktbeschaffenheit

146. Laut Gaba erfordert die Beschaffenheit von Elmex aus folgenden Gründen einen selektiven Vertrieb:

- **Hochwertigkeit:** Bei Elmex rot handle es sich um ein hochwertiges Produkt, welches über ein sehr hohes Qualitätsimage verfüge. Gaba strebe für Elmex bezüglich Qualität, medizinischen Ansprüchen und Vertrauenswürdigkeit ein erstklassiges Image an. Die Publikumswerbung, welche die Qualität und Wirksamkeit von Elmex betone, trage weiter zum hohen Qualitätsimage bei. Das Qualitätsimage von Elmex sei mit demjenigen von Parfüms, Körper- und Schönheitspflegemittel, Kosmetika etc. zu vergleichen, welche ebenfalls in selektiven Vertriebssystemen verkauft würden, die gemäss der wettbewerbsrechtlichen Praxis in der EU zulässig seien.²⁶ Für diese Produkte werde – wie auch für Elmex rot – ein besonderes Image geschaffen, das sie von anderen, ähnlichen Produkten unterscheiden solle. Die Hersteller solcher Produkte hätten ein Interesse daran, deren besonderes Image aufrechtzuerhalten und sie in einer Weise zu präsentieren, welche dem Ansehen der Marke gerecht werde.
- **Qualität Verkaufspunkte:** Das Qualitätsimage von Elmex hänge auch von der Qualität der Verkaufspunkte ab. Deshalb müsse Gaba bei der Auswahl der Vertriebskanäle deren Qualitätsimage Rechnung tragen.
- **Zusammenarbeit mit Wissenschaft/Spezialisten:** Gaba beschäftige rund [...] Mitarbeiter in den Abteilungen Forschung und Entwicklung, Qualitätssicherung und wissenschaftlicher Dienst. Gaba führe zudem mit Universitäten wissenschaftliche Studien durch. Weiter bestehe eine intensive Zusammenarbeit mit Zahnärzten und Dentalhygienikern.
- **Schulungen:** Gaba führe in Apotheken und Drogerien Schulungen durch, um die Beratungskompetenz der Mitarbeiter zu erhöhen und die Produkteigenschaften von bestehenden und neuen Produkten zu erläutern. Auch im Detailhandel würden Abteilungsleitern Schulungen zum Thema Mundhygiene angeboten, in welchen über Technologie und Wirkung der Gaba-Produkte informiert werde.

147. Nach Ansicht der WEKO erfordert die Beschaffenheit von Elmex rot aus folgenden Gründen keinen selektiven Vertrieb:

- **Selektive Vertriebssysteme** sind insbesondere bei Prestige- und Luxusgütern (z.B. Yves Saint-Laurent), bei technisch hoch stehenden Produkten (z.B. Bang & Olufsen) oder bei

²⁶ Gaba stützt sich insbesondere auf folgende europäische Entscheide: EuG Rs. T-88/92, Lec-lerc, Slg. 1996, II-1961, Rz. 105 ff.; Yves Saint Laurent Parfums EU COMP IV/33.242 (nicht mehr rechtskräftig); Parfums Givenchy EU COMP IV/33.542 (nicht mehr rechtskräftig).

Produkten, die besondere Fachkenntnisse bedingen (z.B. pharmazeutische Produkte), üblich.²⁷ Elmex rot fällt in keine dieser Kategorien: Bei Elmex rot, einem Gut des täglichen Bedarfs, handelt es sich nicht um ein Prestige- oder Luxusgut wie beispielsweise Yves Saint-Laurent. Somit kann die von Gaba zitierte europäische Rechtsprechung (vgl. Fn. 26) nicht ohne Weiteres auf Elmex rot übertragen werden, da diese lediglich Luxusprodukte betrifft. Zudem ist Elmex rot weder ein technisch hoch stehendes Produkt noch bedingt dessen Vertrieb besondere Fachkenntnisse. Elmex rot wird in aller Regel denn auch wie andere herkömmliche Zahnpasten in den Regalen von Detailhändlern ohne jegliche Beratung angeboten.

- Die Qualität von Elmex rot wird durch Gaba und nicht durch den Distributor bestimmt. Dementsprechend ist jede Zahnpasta Elmex rot unabhängig vom Verkaufspunkt von derselben Qualität.

148. Daraus folgt, dass das Vorliegen eines absoluten Gebietschutzes nicht mit dem Argument verneint werden kann, dass Gaba das Produkt Elmex rot selektiv vertreibt. Folglich müssen die Schweizer Händler nicht zum selektiven Vertrieb von Gaba zugelassen sein, um Parallelimporte tätigen zu dürfen.

149. Diese Schlussfolgerung wird durch das Vorbringen von Gebro untermauert, dass zwischen Gaba und Gebro keine Vereinbarung über die Errichtung eines selektiven Vertriebssystems vorliege. Somit scheint die Beschaffenheit des Produkts Elmex rot in Österreich keinen selektiven Vertrieb zu bedingen. Weshalb dies in der Schweiz anders sein soll, ist zumindest fraglich.

150. Im Folgenden wird dargelegt, dass vorstehende Schlussfolgerung mangels diskriminierungsfreier Anwendung der Selektionskriterien durch Gaba selbst dann gelten würde, wenn Elmex rot einen selektiven Vertrieb erfordern würde.

Diskriminierungsfrei angewandte objektive Kriterien qualitativer Art

151. Laut Gaba sind die Selektionskriterien ihres Vertriebssystems objektiver und qualitativer Art und werden diskriminierungsfrei angewandt: Die Kriterien würden sich nach den Anforderungen von Gaba richten. Zudem stehe der Vertrieb von Elmex jedem offen, der die von Gaba festgelegten objektiven Kriterien erfülle.

152. Gemäss Gaba ist das besondere Image von Elmex in Gefahr, wenn die Zahnpasta in Discount-Geschäften wie Massenware verkauft würde. Das Qualitätsimage von Elmex hänge nicht nur von der Qualität des Produkts ab, sondern auch vom Qualitätsimage der Verkaufspunkte. Gaba führt konkret folgende Gründe für die Nichtbelieferung von Denner an:

- Denner weise aus Sicht der Konsumenten verglichen mit den anderen Detailhändlern ein tiefes Qualitätsimage auf, was Marktstudien belegen würden.
- Denner positioniere sich seit Jahren ausschliesslich als Discounter.
- Denner präsentiere die Artikel erfahrungsgemäss nicht in einer einem hochwertigen Produkt gerechten Weise. So würden Artikel direkt aus dem Karton oder lose in grossen Behältern verkauft.

²⁷ Vgl. R. ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., Bern 2005, Rz. 66; P. MÜNCH/C. MAILLEFER/P. HUNGER, Vertriebssysteme, in: T. Geiser/P. Krauskopf/P. Münch (Hrsg.), Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Handbücher für die Anwaltspraxis, Bd. IX, Basel/Genf/München 2005, Rz. 7.11 und 7.41.

- Die Bereitschaft, sich für Elmex einzusetzen, sowie die Identifikation der medizinischen Fachpersonen, Apotheker und Drogisten würde sinken, wenn Elmex in Discountern verkauft würde. Elmex würde damit ihre spezielle Positionierung verlieren.
- Würde die spezielle Produktdifferenzierung von Elmex wegfallen, hätten die grossen Detailhändler kein Interesse mehr, Elmex im Sortiment zu führen, womit ein Grossteil des Umsatzes von Gaba wegfallen würde.

153. Gaba beliefe aus diesen Gründen [...].

154. Gaba beliefert in der Schweiz jedoch auch Denner-Satelliten und Convenience-/Tankstellenshops. Zudem wurde Elmex rot bei Pick Pay verkauft. In Österreich beliefert Gaba den Anbieter [...], in Deutschland den Netto-Marken-Discount von EDEKA, die miniMAL-Märkte von Rewe, Schlecker, sowie die Internethändler Apo-Discounter.de, Dent Di und biopa.

155. Zur Belieferung einzelner Verkaufskanäle nimmt Gaba wie folgt Stellung:

- Denner-Satelliten seien freie Detaillisten, welche das Denner-Grundsoriment mit Markenartikeln und Frischprodukten ergänzten. Denner-Satelliten seien deswegen keine Discounter, sondern würden von der Bevölkerung eher als Dorfläden wahrgenommen. Infolge des Engagements der unabhängigen Geschäftsinhaber verfügten die Verkaufsstellen in aller Regel über ein gutes Erscheinungsbild und erfüllten somit die qualitativen Kriterien von Gaba (vgl. Rz. 144).
- Bei den Convenience-/Tankstellenshops seien Migros und Coop Marktführer. Gegen eine Belieferung dieser Verkaufspunkte durch die beiden Grossverteiler spreche nichts, da die Convenience-/Tankstellenshops von Migros und Coop vom Qualitätsimage der beiden Anbieter profitieren würden. Weiter beliefe Gaba auch [...]. Die Konsumenten würden Convenience-/Tankstellenshops ein recht hohes Qualitätsimage attestieren, wie eine Studie von ACNielsen belege. Dies sei darauf zurückzuführen, dass diese Verkaufspunkte Markenartikel führten und sich an eine anspruchsvolle Kundschaft richteten. Vor diesem Hintergrund sei eine Belieferung von Convenience-/Tankstellenshops durch Gaba nur konsequent.
- Pick Pay habe vor der Übernahme durch Denner eine breite Auswahl an Markenartikeln angeboten. Daneben seien viele Filialen als Franchise-Betriebe von unabhängigen Detaillisten mit grossem Engagement geführt worden. Pick Pay habe das Image eines innovativen Anbieters gehabt, welcher eine anspruchsvolle und qualitätsbewusste Kundschaft angesprochen habe. Obwohl Pick Pay in der Folge verschiedener Neuausrichtungen immer mehr zum Discounter tendierte, habe sie sich bis zuletzt von Denner bezüglich der Sortimentsbreite unterschieden.
- Hinsichtlich der Vertriebspartner in Deutschland und Österreich macht Gaba geltend, dass [...]. Bezüglich Schlecker bringt Gaba vor, dass es sich dabei nicht um einen Discounter, sondern um einen Drogeriemarkt mit breitem Sortiment handle.

156. Nach Ansicht der WEKO ist eine diskriminierungsfreie Anwendung der Selektionskriterien aus folgenden Gründen zu verneinen:

- Es ist auch unter der Berücksichtigung der Vorbringen von Gaba nicht ersichtlich, weshalb die durch Gaba belieferten Händler wie Convenience-/Tankstellenshops, Denner-Satelliten, Netto-Marken-Discount von EDEKA, die miniMAL-Märkte von Rewe, Schlecker, sowie die Internethändler Apo-Discounter.de, Dent Di und biopa im Unterschied zu Denner alle von Gaba aufgestellten Kriterien des selektiven Vertriebs erfüllen sollen. Beispielsweise ist fraglich, ob Convenience-/Tankstellenshops über ein kompetentes und nachhaltiges Oral-Care Sortiment verfügen. Gegen diese Ausführungen führt Gaba

ins Feld, dass die Frage, ob ein Unternehmen im Ausland die für den Schweizer Markt geltenden Kriterien von Gaba erfüllt, irrelevant sei. Im Ausland werde ein Produkt je nach Markt, Struktur des Detailhandels, Konsumgewohnheiten oder Marktdurchdringung ganz unterschiedlich vertrieben. Im Übrigen erfüllten auch ausländische Unternehmen, welche direkt durch Gaba beliefert würden, die selektiven Kriterien. Dem ist entgegen zu halten, dass Gaba die selektiven Kriterien selbst in der Schweiz nicht diskriminierungsfrei anzuwenden scheint, da Convenience- und Tankstellenshops und Denner-Satelliten im Gegensatz zu Denner-Filialen beliefert werden.

- Das Argument, dass die grossen Detailhändler kein Interesse mehr hätten, Elmex im Sortiment zu führen, wenn Elmex rot bei Denner gelistet würde, ist nicht stichhaltig. Ansonsten würden zahlreiche bei Denner gelisteten Markenartikel, wie etwa Lindt & Sprüngli, Nivea, L'Oréal oder Gillette, bei den anderen Grossverteilern nicht angeboten. Dieser Vergleich greife gemäss Gaba zu kurz, da das Vertriebssystem von Gaba nicht vergleichbar sei mit demjenigen anderer Konsumgüter. Weder Lindt & Sprüngli noch Nivea bauten auf eine jahrelange Zusammenarbeit mit Zahnärzten, Universitäten und Dentalhygienikerschulen, welche die Grundlage für das Qualitätsimage von Elmex darstelle.
- Folgende Faktoren sprechen dafür, dass Denner die Selektionskriterien von Gaba – entgegen der Vorbringen von Gaba – erfüllt:
 - i. Fünf von acht befragten Detailhändlern erwarten lediglich einen schwachen Einfluss auf das Markenimage, wenn Elmex rot bei Denner verkauft würde. Ein Detailhändler erwartet gar keinen Einfluss, ein weiterer einen mittleren und ein letzter einen starken Einfluss. Somit sind die befragten Detailhändler mehrheitlich der Meinung, dass ein Verkauf von Elmex rot bei Denner das Image der Marke nicht oder nur schwach beeinflussen würde.
 - ii. Die Befragung der Detailhändler ergab zudem, dass für Elmex rot keine besonderen Verkaufsmassnahmen getroffen werden: Bis auf einen Anbieter (Warenhaus Manor) gaben alle befragten Detailhändler an, dass Elmex rot in den Verkaufsregalen so präsentiert werde wie andere Zahnpasten auch resp. dass hinsichtlich dem Verkauf von Elmex rot – beispielsweise hinsichtlich der Präsentation – keine besonderen Massnahmen getroffen würden.
 - iii. Andere Zahnpastamarken werden auch bei Discountern angeboten – beispielsweise verkauft Denner Colgate, Signal oder Pearl Drops. Ferner wird Denner auch von anderen Markenartikelherstellern, welche Produkte von hoher Qualität herstellen, beliefert. Denner nennt hierzu als Beispiele Lindt & Sprüngli, Nivea, L'Oréal oder Gillette. Dies deutet darauf hin, dass der Vertrieb über Denner dem Image von Markenprodukten nicht abträglich ist.
 - iv. Denner wird seit März 2009 von Gaba mit Elmex rot beliefert. Somit erfüllt Denner die Selektionskriterien seit diesem Datum auch nach Ansicht von Gaba. Das Konzept „New Denner“ wurde allerdings bereits Ende 2004 abgeschlossen. Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb Denner die Selektionskriterien zwischen Ende 2004 und März 2009 nicht erfüllt haben sollte.

Zwischenfazit

157. Die Beschaffenheit des Produkts Elmex rot erfordert keinen selektiven Vertrieb. Damit darf Gaba die Belieferung von Schweizer Händlern über ausländische Vertriebspartner nicht behindern oder verhindern.

158. Dies würde selbst dann gelten, wenn die Beschaffenheit von Elmex rot einen selektiven Vertrieb erforderte: Eine diskriminierungsfreie Anwendung der Selektionskriterien würde nämlich bedingen, dass Denner zum Vertrieb hätte zugelassen werden müssen.

B.3.2.1.3. Keine Anwendung der TT-GVO

159. Zulässig wäre die zwischen Gaba und Gebro vereinbarte vertikale Gebietsabrede, wenn sie unter die EU-Gruppenfreistellungsverordnung über Technologietransfer-Vereinbarungen²⁸ (nachfolgend: TT-GVO) fallen würde. Gemäss Gaba handelt es sich beim Lizenzvertrag mit Gebro um eine Vereinbarung i.S. der TT-GVO. Gemäss Art. 4 Abs. 2 lit. b Ziff. i TT-GVO sind in Technologietransfer-Vereinbarungen sowohl aktive als auch passive Verkaufsverbote zulässig, sofern sie Lieferungen in Gebiete betreffen, die sich der Lizenzgeber selbst vorbehalten hat.

160. Laut Gaba sei dies vorliegend der Fall: Gaba habe sich sowohl die Schweiz als auch Deutschland vorbehalten und bearbeite diese exklusiv mit ihren eigenen Tochtergesellschaften. Da sich das schweizerische Kartellgesetz stark an das europäische Wettbewerbsrecht anlehne, sei davon auszugehen, dass nach dem europäischen Recht zulässige Praktiken auch mit dem schweizerischen Kartellrecht vereinbar seien.

161. Gemäss der TT-GVO kann bei TT-Vereinbarungen zwischen Nicht-Wettbewerbern angenommen werden, dass sie im Sinne von Art. 81 EGV gerechtfertigt werden können, wenn der individuelle Marktanteil der Parteien auf dem betroffenen Technologie-²⁹ und Produktmarkt 30% nicht überschreitet und die Vereinbarungen nicht schwerwiegende wettbewerbschädigende Beschränkungen enthalten (Erw. 11 und Art. 3 Abs. 2 TT-GVO).

162. Hierzu ist zunächst festzuhalten, dass die TT-GVO in der Schweiz nicht direkt anwendbar ist. Selbst wenn von einer analogen Anwendung der TT-GVO in der Schweiz ausgegangen wird, wären die Voraussetzungen für eine Freistellung im vorliegenden Fall nicht erfüllt.

163. Zwar ist nach Aussagen von Gaba davon auszugehen, dass es sich beim Lizenzvertrag um eine TT-Vereinbarung zwischen Nicht-Wettbewerbern handelt und die Marktanteilschwelle von 30% auf den relevanten österreichischen Märkten von beiden Parteien nicht überschritten wird.

164. Hält man sich die Praxis der EU-Behörden vor Augen (vgl. Rz. 105), ist es jedoch unwahrscheinlich, dass ein Lizenzvertrag, der zu einer Marktabschottung führt, in der EU freigestellt würde: Bereits im Entscheid Nungesser von 1982 hat der EuGH festgehalten, dass ein Lizenzvertrag mit einem absoluten Gebietsschutz zur künstlichen Aufrechterhaltung getrennter Märkte führt und somit mit dem EWG-Vertrag unvereinbar ist (Urteil des EuGH vom 8. Juni 1982 i.S. Nungesser / Kommission, 258/78, Slg. 1982, S. 2015).

165. Doch selbst wenn davon ausgegangen wird, dass der Lizenzvertrag zwischen Gaba und Gebro die Voraussetzungen für eine Freistellung nach der TT-GVO erfüllen würde, hat sich Gaba – entgegen ihren Behauptungen – weder die Schweiz noch Deutschland explizit vorbehalten. Doch gerade dies wäre nach Art. 4 Abs. 2 lit. b Ziff. i TT-GVO erforderlich.

166. Im Übrigen kann die Wettbewerbsbehörde eines EU-Mitgliedstaates gemäss Art. 6 Abs. 2 TT-GVO den Rechtsvorteil der TT-GVO im Einzelfall entziehen, wenn die fragliche Technologie-Transfer-Vereinbarung Wirkungen hat, die mit Art. 81 Abs. 3 EGV unvereinbar sind, und der Mitgliedstaat alle Merkmale eines gesonderten räumlichen Marktes aufweist.

²⁸ Vgl. Fn. 4.

²⁹ „Technologiemärkte bestehen aus der lizenzierten Technologie und ihren Substituten, d.h. anderen Technologien, die von den Lizenznehmern aufgrund ihrer Eigenschaften, ihrer Lizenzgebühren und ihres Verwendungszwecks mit der lizenzierten Technologie als austauschbar oder substituierbar angesehen werden. Technologiemärkte werden nach denselben Grundsätzen definiert wie Produktmärkte.“ Bekanntmachung der EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 EGV auf Gruppen von Technologietransfer-Vereinbarungen, ABl. 2004 C 101/02, Rz. 22.

Überträgt man dies nun auf den konkreten Fall, so wird ersichtlich, dass (i) die Abschottung des Schweizer Marktes vom Gesetzgeber bekämpft werden soll (vgl. Rz. 104) und (ii) die Schweiz alle Merkmale eines gesonderten räumlichen Marktes aufweist (vgl. Rz. 206). Somit wären die Voraussetzungen eines Entzugs des Rechtsvorteils der TT-GVO gegeben.

167. Auf die weitere Prüfung der Frage der Anwendbarkeit der TT-GVO in der Schweiz kann daher verzichtet werden. Das diesbezügliche Argument von Gaba ist somit zurückzuweisen.

B.3.2.1.4. Fazit

168. Die obigen Ausführungen zeigen, dass vor dem 1. September 2006 eine vertraglich vereinbarte vertikale Gebietsabrede nach Massgabe von Art. 5 Abs. 4 KG vorlag.

169. Diese Schlussfolgerung gilt unbeachtet des angeblich selektiven Vertriebssystems von Gaba und einer allfälligen Anwendung der TT-GVO in der Schweiz.

B.3.3. Umstossung der gesetzlichen Vermutung gemäss Art. 5 Abs. 4 KG

170. Die Vermutung von Art. 5 Abs. 4 KG kann mit dem Nachweis umgestossen werden, dass der wirksame Wettbewerb durch die wettbewerbsbeschränkende Abrede tatsächlich nicht beseitigt wird, sondern dass trotz der Abrede ein gewisser Intra- und Interbrand-Wettbewerb stattfindet.³⁰ Ausschlaggebend ist eine Gesamtbetrachtung der Marktverhältnisse. Diese sind bei vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen sowohl von Intra- und Interbrandwettbewerb geprägt. Beide Arten von Wettbewerb gilt es bei Vorliegen einer vertikalen Wettbewerbsbeschränkung fallspezifisch zu analysieren.

171. Im vorliegenden Fall kann die Vermutung widerlegt werden, wenn die Weiterverkäufer von Elmex rot in der Schweiz Parallelimporte von Elmex rot in genügendem Umfang tätigten bzw. hätten tätigen können und/oder wenn sich die Anbieter derselben Marke hinsichtlich eines anderen Wettbewerbsparameters, wie insbesondere dem Preis, einen gewissen Wettbewerb lieferten (Intra- und Interbrand-Wettbewerb; vgl. Abschnitt B.3.3.2.) und zudem zwischen den Anbietern verschiedener Zahnpastamarken Wettbewerb bestand (Interbrand-Wettbewerb; vgl. Abschnitt B.3.3.3.).

172. Zur Prüfung der Marktverhältnisse wird vorab der relevante Markt in sachlicher und räumlicher Hinsicht abgegrenzt (vgl. Abschnitt B.3.3.1.).

B.3.3.1. Relevanter Markt

B.3.3.1.1. Sachlich relevanter Markt

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

174. Marktgegenseite von Gaba auf der Absatzseite sind der Detailhandel (Lebensmittelgeschäfte, Warenhäuser, Internethandel, Convenience-Shops etc.), Apotheken und Drogerien, Zahnärzte und Dentalhygieniker (vgl. Rz. 139). Da deren Nachfrage nach Zahnpasta-Produkten wiederum vom Nachfrageverhalten der Endverbraucher geleitet wird (abgeleitete Endnachfrage), ist das Verhalten der Endverbraucher Ausgangspunkt der nachfolgenden Analyse.

³⁰ Vgl. RPW 2009/2, *Sécateurs et cisailles*, S. 146, Rz. 39.

175. Die Abgrenzung des relevanten Marktes richtet sich nach dem Bedarfsmarktkonzept. Danach sind die sachlichen Märkte nach der funktionellen Austauschbarkeit der Produkte aus der Sicht eines verständigen Durchschnittsverbrauchers voneinander abzugrenzen, wobei sich die Produkte in Einzelheiten wie der Konstruktion, Qualität, Preis und ähnlichem unterscheiden können.

176. Vorliegend stellt sich zunächst die Frage, ob der sachlich relevante Markt aus Sicht der Endabnehmer sämtliche Zahnpasten umfasst oder ob dieser Gesamtmarkt nach den Produktausprägungen von Zahnpasten oder einzelnen Hersteller- und Handelsmarken zu unterteilen ist. Anschliessend wird untersucht, welchem Markt Elmex rot zuzuordnen ist und ob diese Zahnpasta allenfalls einen separaten Markt bildet.

Marktsegmentierung nach Produktausprägungen

177. Die Produktpalette an Zahnpasta zeichnet sich durch eine weitgehende Produktdifferenzierung aus. Ausgehend von der regulären Kariesschutzzahnpasta sind Zahnpasten im Angebot, die darüber hinausgehende Nutzen – wie etwa die Behandlung von Zahnfleischproblemen, die Zahnaufhellung und/oder die Reduzierung der Empfindlichkeit der Zähne – versprechen oder sich an einen besonderen Personenkreis – etwa Personen ab einem Alter von 40 Jahren – wenden.

178. In Übereinstimmung mit der europäischen und deutschen Praxis wird eine Differenzierung nach den jeweiligen Zusatznutzen als nicht sachgerecht beurteilt.³¹ Auch die Zahnpasten mit Zusatznutzen dienen in erster Linie dem Zweck der Zahnreinigung und sind daher in Anwendung des oben genannten Bedarfsmarktkonzepts als untereinander austauschbar anzusehen und damit demselben sachlich relevanten Markt zuzurechnen.

179. Es ist zudem davon auszugehen, dass die Zahnpastahersteller die Produktion der verschiedenen Produktvarianten von Zahnpasta relativ einfach umstellen können: Die Produktionseinrichtungen sind grundsätzlich dieselben und fast alle Produktvarianten haben gewisse Inhaltsstoffe gemeinsam. Die notwendige Zeit für Produktionsumstellungen sowie die damit verbundenen Kosten sind nicht signifikant.³² Die hohe Angebotsumstellungsflexibilität suggeriert deshalb ebenfalls, von einem Markt auszugehen, der sämtliche Produktvarianten von Zahnpasta umfasst.

Marktsegmentierung nach Hersteller- und Handelsmarken

180. Eine Segmentierung des Marktes nach Hersteller- und Handelsmarken ist aus nachfolgenden Gründen nicht angezeigt:

- Die unter der Marke eines Detailhändlers verkaufte Zahnpasta ist aus Sicht der Verbraucher funktionell mit den unter einer Herstellermarke verkauften Produkten austauschbar.³³
- Auch das Preisniveau ergibt keinen Hinweis auf die Notwendigkeit einer Marktsegmentierung. Die Preise der Zahnpasten der Tiefpreislinien von Migros und Coop sowie der Eigenmarke von Aldi sind mit rund CHF 0.70 die tiefsten im Markt. Daneben sind im Schweizer Detailhandel verschiedene Eigenmarken erhältlich. Die mit Abstand meistverkaufte Zahnpasta ist Candida von Migros. Die Normalverkaufspreise für Candida bewegten sich im Jahr 2008 in einer Bandbreite von CHF 2.90 bis CHF 3.80 während sich jene von Markenprodukten innerhalb einer Bandbreite von CHF 1.95 (Odol Dent 3) und

³¹ Vgl. Smithkline Beecham/Block Drug EU COMP/M.2192, Rz. 8; Bundeskartellamt, Colgate-Palmolive/Gaba, B3-24520-Fa-154/03, Rz. 46; Procter & Gamble/Gillette EU COMP/M.3732, Rz. 24.

³² Vgl. Smithkline Beecham/Block Drug EU COMP/M.2192, Rz. 10.

³³ Vgl. Bundeskartellamt, Colgate-Palmolive/Gaba, B3-24520-Fa-154/03, Rz. 25.

CHF 5.95 (Meridol) befanden. Folglich ist keine preisliche Trennlinie zwischen Eigenmarken- und Markenprodukten festzustellen. Es besteht im Gegenteil ein preisliches Kontinuum, das von den Produkten der Tiefpreislagen bis zu den Premium-Produkten ansteigt. Vor diesem Hintergrund ist auch eine Unterscheidung zwischen sog. Premium-Markenprodukten und Standardprodukten abzulehnen.

Produktausprägung Elmex rot

181. Laut Aussage von Gaba ist Elmex rot im Markt als eine Zahnpasta von höchster Qualität mit besonderen medizinischen Eigenschaften positioniert, die das Vertrauen der medizinischen Fachpersonen genießt. Deshalb wurde untersucht, ob Elmex rot basierend auf ihre Zusammensetzung nicht als herkömmliche Zahnpasta, sondern als Zahnpasta mit medizinischen Eigenschaften (Medizinalzahnpasta) zu qualifizieren und dementsprechend einem anderen Markt zuzuordnen ist.

182. Laut rechtlichen Bestimmungen wird eine Zahnpasta je nach Fluoridkonzentration zwei möglichen Kategorien zugeordnet:

- Kosmetische Produkte: Bis zu einer Fluoridkonzentration von 0.15% wird eine Zahnpasta als kosmetisches Mittel eingestuft (Art. 2 Abs. 2 VKos). In diesem Fall untersteht sie der Lebensmittel- und Gebrauchsgegenständeverordnung vom 23. November 2005 (LGV; SR 817.02). Unter kosmetischen Mitteln im Sinne dieser Verordnung sind Stoffe oder Zubereitungen zu verstehen, welche bestimmungsgemäss äusserlich mit den verschiedenen Teilen des menschlichen Körpers, mit den Zähnen oder den Schleimhäuten der Mundhöhle in Berührung kommen (Art. 35 Abs. 1 LGV). Sie dienen ausschliesslich oder überwiegend dem Schutz dieser Körperteile, der Erhaltung ihres guten Zustandes, ihrer Reinigung, Parfümierung oder Desodorierung oder der Veränderung des Aussehens. Sie wirken lokal auf die Haut oder die Zähne (Art. 35 Abs. 2 LGV).
- Arzneimittel: Ab einer Fluoridkonzentration von 0.15% gehört eine Zahnpasta nicht mehr zur Kategorie der kosmetischen Produkte, sondern wird als Arzneimittel eingestuft. Dann untersteht sie dem Bundesgesetz über Arzneimittel und Medizinprodukte vom 15. Dezember 2000 (Heilmittelgesetz, HMG; SR 812.21). Gemäss Art. 4 Abs. 1 lit. a HMG sind Arzneimittel Produkte chemischen oder biologischen Ursprungs, die zur medizinischen Einwirkung auf den menschlichen oder tierischen Organismus bestimmt sind oder angepriesen werden, insbesondere zur Erkennung, Verhütung oder Behandlung von Krankheiten, Verletzungen und Behinderungen. Arzneimittel müssen vom Schweizerischen Heilmittelinstitut Swissmedic zugelassen werden (Art. 9 Abs. 1 HMG).

183. Laut dieser Definition ist Elmex rot mit einer Fluoridkonzentration von 0.14% als kosmetisches Mittel – und somit nicht als Medizinalzahnpasta – zu qualifizieren und gehört deshalb in dieselbe Kategorie wie die herkömmlichen Zahnpasten.

184. Dennoch könnte eine Differenzierung zwischen Elmex und den anderen Zahnpasten angezeigt sein, da Elmex rot im Unterschied zu anderen herkömmlichen Zahnpasten den Wirkstoff Aminfluorid enthält. Aminfluorid hat gegenüber anderen Fluoridverbindungen die Vorteile einer längeren Verweildauer und einer antiseptischen Wirkung auf die Zahnbelagsbakterien.

185. Allerdings wirken sich alle in der VKos genannten Fluorverbindungen (inkl. Aminfluorid) erwiesenermassen positiv auf den Kariesschutz aus. Deshalb implizieren die Vorteile von Aminfluorid gegenüber anderen Fluoridverbindungen nicht, dass Elmex rot sich hinsichtlich ihrer Zusammensetzung signifikant von Zahnpasten mit anderen Zusatznutzen unterscheidet und darauf basierend als eine Art Medizinalzahnpasta einzustufen ist.

186. Zudem sind auch die Patente von Gaba auf der Aminfluoridverbindung abgelaufen. Dies bedeutet, dass theoretisch alle Zahnpastahersteller Produkte auf der Basis dieses Wirkstoffes produzieren können.

187. Denkbar ist jedoch, dass es Gaba dank einer erfolgreichen Imagekampagne gelungen ist, Elmex rot im Markt so zu positionieren, dass die Zahnpasta trotz den obigen Ausführungen einen eigenen Markt bildet. Dieser Frage wird im Folgenden nachgegangen.

Markenimage Elmex rot

188. Gaba betreibt nach eigenen Aussagen seit Jahrzehnten gezielt eine Imagewerbung, die darauf ausgerichtet ist, Elmex als Produkt von höchster Qualität zu positionieren, welches das Vertrauen der medizinischen Fachpersonen (Zahnärzte und Dentalhygieniker) genießt und von diesen aktiv empfohlen und vertrieben wird. Die Imagekampagne sei vielschichtig und beginne mit einer intensiven Zusammenarbeit mit den Universitäten. Es gebe auch eine enge Zusammenarbeit mit Dentalhygieniker-Schulen. Gaba betreibe zudem einen aufwändigen Aussendienst, der die Zahnärzte und Dentalhygieniker regelmässig besuche, sie zu den Produkten berate und über neue Studien/Erkenntnisse informiere. Gaba sei auch an den entsprechenden Fachkongressen präsent. Auch der Vertrieb über Apotheken und Drogerien werde von einem Aussendienst speziell betreut und mit einem in der Schweiz einzigartigen (finanziellen) Aufwand im Bereich Mundhygiene betrieben. Ferner sei die gesamte Publikumswerbung auf den Aufbau eines besonderen Images ausgerichtet.

189. Um zu prüfen, in welchem Umfang Elmex rot von Zahnärzten tatsächlich aktiv empfohlen wird, fragte das Sekretariat 53 Zahnärzte, welche fünf Kariesschutz-Zahnpasten sie am häufigsten empfehlen. Die nachfolgende Tabelle 1 fasst die 43 verwertbaren Antworten zusammen.

Tabelle 1: Empfohlene Zahnpasten³⁴

Zahnpasta	Antworten Zahnärzte 43 Befragte = 100%			
	Nennungen auf Rang 1		Nennungen auf Rang 2 – 5	
	Anzahl	Prozent	Anzahl	Prozent
Elmex	23	54	17	40
(davon Elmex rot)	(17)	(40)	(12)	(28)
Candida	7	16	28	65
Colgate	7	16	18	42
Meridol	2	5	18	42
Sensodyne	1	2	14	33
Signal	2	5	11	26
Emofluor	0	0	10	23
Tebodont	1	2	3	7
Cleanicdent	0	0	2	5
Mentadent C	0	0	2	5
Diverse	0	0	4	9

Quelle: Erhebungen des Sekretariats.

190. Die Tabelle 1 illustriert die zentrale Bedeutung von Elmex bei den Empfehlungen von Zahnärzten: Mit 23 von 43 Zahnärzten, d.h. 54%, empfiehlt die Mehrheit der Zahnärzte die Marke Elmex am häufigsten. Weitere 17 Zahnärzte, d.h. 40%, empfehlen die Marke am zweit- bis fünfhäufigsten. Zahnärzte empfehlen jedoch auch Candida, Colgate, Meridol sowie andere Zahnpasten – wenn auch viel seltener als Elmex.

191. Eine von einem Zahnpastahersteller durchgeführte Studie vom November 2005 bei Zahnärzten und Dentalhygienikern hinsichtlich deren Empfehlungen von Zahnpasta ergab ein ähnliches Resultat.

192. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass Elmex die von Zahnärzten meistempfohlene Zahnpasta ist. Damit wird ihr Bekanntheitsgrad gefördert und die Wahrnehmung der Konsumenten von Elmex als hochwertiges Produkt unterstützt. Dies gilt umso mehr, als Zahnärzte häufig Empfehlungen abgeben; laut der oben erwähnten Studie im Durchschnitt an jeden zweiten Patienten.

193. Gemäss der Studie „Reader’s Digest European Trusted Brand Survey“ wurde Elmex von den Schweizer Konsumenten im Jahr 2009 im Bereich Zahnpasta/Mundpflege denn auch als vertrauenswürdigste Marke qualifiziert.³⁵

³⁴ In der Tabelle steht „Elmex“ für die Nennungen von Elmex rot, Elmex sensitiv, Elmex junior, Elmex Kinderzahnpasta sowie Elmex (ohne Präzisierung). Für die Marken Colgate, Candida, Sensodyne und Signal wurde analog vorgegangen. So steht „Colgate“ für Colgate (ohne Präzisierung), Colgate Total, Colgate Fluor und Colgate Whitening.

³⁵ Die Datenbasis der repräsentativen Studie umfasst 1082 Befragte in der Schweiz. Vgl. Reader’s Digest Trusted Brand Survey – Europe’s Most Trusted Brands in 2009, Reader’s Digest, 2009, verfügbar unter <http://www.rdtrustedbrands.com>, besucht am 5. Juni 2009.

194. Um weitere Hinweise zur Frage zu erhalten, ob Elmex rot einen eigenständigen Markt bildet, fragte das Sekretariat verschiedene Gruppen von Marktteilnehmern (Apotheken, Lebensmittel-Detailhändler, Drogerien, Konsumentenschutzorganisationen, pharmaSuisse, Schweizerischer Drogistenverband und Zahnpastahersteller), wie viel Prozent der Konsumenten von Elmex rot auf eine andere Zahnpasta ausweichen würden, wenn Elmex rot um 10% teurer würde und die Preise aller anderen im Handel erhältlichen Zahnpasten gleich bleiben würden. Die nachfolgende Tabelle 2 fasst die 64 verwertbaren Antworten zusammen. Diese sind allerdings mit Vorsicht zu interpretieren, da die Endkunden nicht direkt zu ihrem Nachfrageverhalten befragt wurden und strategische Antworten der befragten Marktteilnehmer nicht auszuschliessen sind.

Tabelle 2: Substitution von Elmex rot mit anderen Zahnpasten

Marktteilnehmer	0-5%	5-10%	10-15%	15-20%	20-25%	25-30%
Apotheken	9	6	3	1		
Detailhandel	6	1		1		
Drogerien	3	6	2	3	2	
Stiftung für Konsumentenschutz			1			
Zahnpastahersteller	5	1		1		1
Total (N=64)	36	14	5	6	2	1

Quelle: Erhebungen des Sekretariats.

195. Der Tabelle 2 ist Folgendes zu entnehmen: Mit 50 (=36+14) von 64 Marktteilnehmern geht die grosse Mehrheit davon aus, dass infolge einer Preiserhöhung von Elmex rot um 10% höchstens 10% der Konsumenten auf eine andere Zahnpasta ausweicht. Die Antworten wurden insbesondere mit einer hohen Kunden- bzw. Markentreue, dem Brandimage und der Glaubwürdigkeit von Elmex rot begründet. Als häufigste Ausweichprodukte wurden Candida, Colgate, Signal und (von den Apotheken) Meridol genannt.

196. Es stellt sich die Frage, ob die maximal 10% abweichender Konsumenten ausreichen würden, um eine Preiserhöhung von Elmex rot (bei gleich bleibenden Preisen aller anderen Zahnpasten) unprofitabel zu machen. Wenn dies der Fall wäre, würde Elmex rot gemäss dem Small but Significant Non-transitory Increase in Price-Test (SSNIP-Test)³⁶ keinen eigenständigen Markt bilden. Die Frage kann an dieser Stelle mangels verfügbarer Informationen – insbesondere zu den Kostenstrukturen³⁷ von Gaba – nicht beantwortet werden. Die Antworten in Tabelle 2 deuten lediglich auf eine tiefe Preissensitivität der Konsumenten von Elmex rot hin.

197. Eine tiefe Preissensitivität von Zahnpastakonsumenten ist konsistent mit den Befunden der EU-Kommission im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle «Smithkline Beecham/Block Drug».³⁸ Diesbezüglich scheint sich Elmex also nicht stark von anderen Zahnpasten zu unterscheiden. Haben sich die Konsumenten basierend auf ihren eigenen oder den Bedürfnissen ihres Haushalts erst einmal für eine bestimmte Produktvariante (z.B. zahnfleischschonend) entschieden, wechseln sie auch bei einer signifikanten Preiserhöhung nicht so

³⁶ Vgl. M. MOTTA, Competition Policy – Theory and Practice, Cambridge 2004, S. 102 f.

³⁷ Vgl. MOTTA (Fn. 36), S. 106, Fn. 9.

³⁸ Vgl. Smithkline Beecham/Block Drug EU COMP/M.2192, Rz. 9.

rasch auf eine andere Produktvariante. Allerdings passen sich die Konsumenten über die Zeit ihren geänderten Bedürfnissen und der zur Auswahl stehenden Produktpalette an.³⁹

198. Mit dem Befund einer tiefen Preissensitivität von Zahnpastakonsumenten erklärt sich Gaba unter Berufung auf die Ergebnisse des ökonomischen Parteigutachtens zur Preissensitivität von Konsumenten von Elmex nicht einverstanden, sondern beurteilt diese als beachtlich. Auf diese Preissensitivitätsanalyse wird in Rz. 288 ff. eingegangen, da sie das Fazit der sachlich relevanten Marktabgrenzung nicht tangiert.

199. Die obigen Ausführungen zeigen, dass es Gaba gelungen ist, Elmex durch Werbung ein medizinisches Image zu geben und somit eine erfolgreiche Produktdifferenzierungsstrategie zu betreiben. Diese Produktdifferenzierung reicht zwar nicht aus, um einen eigenen Markt für Elmex rot zu definieren, jedoch ist Elmex rot als Premium-Markenprodukt zu qualifizieren. Premium-Markenprodukte gehören aus den oben genannten Gründen zum Gesamtmarkt für Zahnpasta (vgl. Rz. 180). Deshalb wird Elmex rot in Übereinstimmung mit der Praxis der deutschen Wettbewerbsbehörden als Premium-Markenprodukt dem Markt für Zahnpasta zugeordnet.⁴⁰

Fazit

200. Elmex rot gehört zum sachlich relevanten Markt für Zahnpasta, welcher Zahnpasta für die tägliche Zahnpflege in allen Produktvarianten und aller Hersteller- und Eigenmarken umfasst.

B.3.3.1.2. Räumlich relevanter Markt

201. 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, der hier analog anzuwenden ist).

202. Wie in Rz. 174 erwähnt, bilden auf der Absatzseite der Detailhandel (Lebensmittelgeschäfte, Warenhäuser, Internethandel, Convenience-Shops etc.), Apotheken und Drogerien sowie Zahnärzte und Dentalhygieniker die Marktgegenseite von Gaba. Auch wenn deren Nachfrage nach Zahnpasta-Produkten wiederum vom Nachfrageverhalten der Endverbraucher geleitet wird (abgeleitete Endnachfrage), kann sich die räumliche Dimension des relevanten Marktes aus Sicht der direkten Nachfrager (Detailhandel etc.) von jener aus Sicht der indirekten Nachfrager (Endverbraucher) unterscheiden, etwa infolge eines unterschiedlichen Nachfragevolumens. Deshalb wird die räumliche Dimension des Absatzmarktes nachfolgend aus Sicht der direkten Abnehmer betrachtet.

203. Laut Gaba ist der räumlich relevante Markt wegen den folgenden Gründen zumindest europäisch:

- Es gebe einen wichtigen internationalen Wettbewerbsdruck auf Schweizer Produzenten bei der Belieferung Schweizer Einzelhändler. Gemäss dem Entscheid Coop/Carrefour (RPW 2008/4, S. 608, Rz. 119) würden lediglich 30% bzw. 37% der persönlichen Hygieneprodukte bzw. Reinigungsmittel im Inland erzeugt. Der Rest werde entweder direkt oder indirekt importiert. Es gäbe keinen Grund zur Annahme, dass dies nicht auch auf Zahnpasta zutreffen könnte.
- In diesem Zusammenhang bringt Gaba ebenfalls vor, dass kleinere Einzelhändler rund [...]% ihres Bedarfs von ausländischen Lieferanten, einschliesslich Grosshändlern, beziehen würden.

³⁹ Vgl. Smithkline Beecham/Block Drug EU COMP/M.2192, Rz. 9.

⁴⁰ Vgl. Bundeskartellamt, Colgate-Palmolive/Gaba, B3-24520-Fa-154/03.

- Einzelhändler könnten Zahnpasta (inkl. Elmex) in die Schweiz importieren und machten dies auch. Im Jahr 2008 hätten sich die Parallelimporte auf ca. 4% der von allen Lebensmittel-Einzelhändlern in der Schweiz verkauften Zahnpasta-Tuben belaufen.
- Grosse Mengen an Zahnpasta zu importieren wäre für Coop und Migros einfach möglich. Die beiden Grossverteiler könnten deshalb glaubwürdig drohen, Parallelimporte zu tätigen, um attraktive Grosshandelspreise zu erhalten, die dem Wettbewerbspreis entsprechen würden. Ein tatsächlicher Parallelimport erübrige sich in der Folge.
- Elmex rot könne über Internet-Einzelhändler importiert werden: Apo-Discounter und Dent Di würden Elmex rot unabhängig vom Bestellwert verkaufen.

204. Diese Vorbringen sind aus folgenden Gründen nicht stichhaltig:

- Gemäss den Erhebungen im Entscheid Coop/Carrefour (2008/4, S. 608, Rz. 119) beträgt der Anteil des Beschaffungsvolumens der Schweizer Lebensmittel-Detailhändler, welcher von Schweizer Lieferanten bezogen wird, 30% in der Produktgruppe „Körperpflege/Kosmetik“ bzw. 37% in der Produktgruppe „Wasch-/Reinigungsmittel“. Zudem werden in den beiden Produktgruppen jeweils rund 40% des Beschaffungsvolumens über ausländische Lieferanten mit Niederlassung oder einer Vertriebsgesellschaft in der Schweiz bezogen. Direkt importiert werden lediglich 30% (Produktgruppe Körperpflege/Kosmetik) bzw. 22% (Produktgruppe Wasch-/Reinigungsmittel). Diese Direktimporte – und nicht die von Gaba geltend gemachten 70% bzw. 63% – wären die relevante Vergleichsgrössen, falls die Importwerte für die Produktgruppen Körperpflege/Kosmetik oder Wasch-/Reinigungsmittel überhaupt auf Zahnpasta übertragen werden könnten. Ein solcher Analogieschluss scheint in casu schon deshalb irreführend zu sein, weil laut eigenen Angaben ausser Casino, Spar und Denner kein anderer Schweizer Lebensmittel-Detailhändler in den letzten fünf Jahren je den Versuch unternahm, Zahnpasta in die Schweiz parallel zu importieren. Casino und Spar stellen zudem insofern Spezialfälle dar, als Casino Eigenmarken über Casino France bezieht und Spar über [...] parallel importieren kann (vgl. Rz. 216). Die gleiche Möglichkeit steht anderen Schweizer Detailhandelsunternehmen nicht offen. Im Übrigen widerspricht sich Gaba selbst, wenn sie einerseits vorbringt, dass regulatorische Hindernisse den Import von Zahnpasta in die Schweiz behindern würden, und andererseits, dass Importe dem räumlichen relevanten Markt eine zumindest europäische Dimension geben würden.
- Basierend auf die von Gaba zur Verfügung gestellten Unterlagen ist weder nachvollziehbar, wie die angeblich [...] % der Importe durch kleinere Einzelhändler berechnet wurden, noch auf welche Produkte sich der genannte Bedarf beziehen soll. Darüber hinaus ist davon auszugehen, dass diese Grösse nicht eins zu eins auf Zahnpasta übertragen werden kann, selbst wenn kleinere Einzelhändler tatsächlich rund [...] % ihres Bedarfs importieren würden.
- Bei den von Gaba geltend gemachten parallel importierten Zahnpasten in Höhe von 4% handelt es sich um eine zu kleine Grösse, um den räumlich relevanten Markt grösser als die Schweiz zu fassen.
- Das Vorbringen von Gaba, Coop und Migros könnten den Lieferanten glaubwürdig drohen, bedeutende Mengen an Zahnpasta parallel zu importieren, steht im Widerspruch zu den Antworten der Mehrheit der befragten Detailhändler, welche angaben, in den letzten fünf Jahren nie den Versuch unternommen zu haben, Zahnpasten parallel zu importieren. [...].
- Beim Argument, Elmex rot könne über Internet-Einzelhändler importiert werden, betrachtet Gaba die Endkunden als Marktgegenseite der Zahnpastahersteller und fokussiert somit den nachgelagerten Absatzmarkt, obwohl Gaba selbst vorbringt, eine solche Betrachtungsweise sei bei der Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes nicht sachge-

recht. Selbst wenn eine solche Betrachtungsweise sachgerecht wäre, würde sich ein Online-Einkauf bei Apo-Discounter oder Dent Di für die meisten Konsumenten nicht rechnen: Eine einzelne Tube Elmex rot ist bei den Internet-Einzelhändlern zwar billiger⁴¹ als der Normalverkaufspreis von Elmex rot in der Schweiz. Hinzuzuzählen wären jedoch Versandkosten in Höhe von EUR 17 unabhängig vom Bestellwert, was Bestellungen für Endkunden unattraktiv macht.⁴² Folglich ist das Volumen solcher Interneteinkäufe vernachlässigbar.

205. Gemäss Praxis der WEKO ist der räumlich relevante Markt für Zahnpflegeprodukte namentlich aufgrund spezieller Nachfragespezifika national abzugrenzen.⁴³ Ferner ist der absolute Gebietsschutz, der aus dem Vertrag zwischen Gaba und Gebro resultiert (vgl. Rz. 168), ein weiteres Indiz für einen national räumlich relevanten Markt.

206. Aus den genannten Gründen wird der räumlich relevante Markt für Zahnpasta in Übereinstimmung mit der europäischen Rechtsprechung national abgegrenzt.⁴⁴

B.3.3.2. Intra-brand-Wettbewerb

207. Zur Analyse des Ausmasses an Wettbewerb zwischen Anbietern von Elmex rot wird geprüft, ob Parallelimporte von Elmex rot in genügendem Umfang getätigt wurden bzw. hätten getätigt werden können, um disziplinierend auf das Wettbewerbsgeschehen zu wirken. Hierzu wird untersucht, ob überhaupt eine Arbitragemöglichkeit gegeben war (B.3.3.2.1.) und ob Parallelimporte tatsächlich getätigt wurden (B.3.3.2.2.). Möglicherweise herrscht auf dem Schweizer Markt zwischen den Anbietern von Elmex rot unabhängig von allfälligen Parallelimporten ein intensiver Wettbewerb. Dieser Frage wird in Abschnitt B.3.3.2.3. nachgegangen.

B.3.3.2.1. Arbitragemöglichkeit

208. Zunächst stellt sich die Frage, ob es sich für Wiederverkäufer betriebswirtschaftlich lohnt, Elmex rot parallel zu importieren. Laut Denner ist eine Arbitragemöglichkeit vorhanden: Während der Abgabepreis (für Pick Pay) in der Schweiz CHF [...] im Jahr 2005 betragen habe, hätte Denner für Elmex aus Österreich, inklusive Marge der Zwischenhändlerin [...], lediglich ca. CHF [...] bezahlen müssen. Denner hätte die parallel importierte Zahnpasta in der Schweiz für CHF [...] verkaufen können. Dies bedeute einen Preisabschlag von CHF [...] gegenüber dem damals geltenden Preis bei Migros und Coop.

209. Eine Arbitragemöglichkeit wird auch von Spar bejaht. Spar schätzt die Kosteneinsparnis beim Import von Elmex rot auf ca. [...]%. Diese Aussage deckt sich mit den von Denner genannten Preisunterschieden.

210. Die national unterschiedlichen Abgabepreise von Elmex rot suggerieren denn auch eine Arbitragemöglichkeit. Die nachfolgende Tabelle 3 enthält die durchschnittlichen Ein-

⁴¹ Ca. EUR 2.29 (Dent Di) und EUR 2.49 (Apo-Discounter), sprich Mehrwertsteuerbereinigt ca. CHF 3.10 bis 3.38, Umrechnungskurs: 1 EUR = 1.5 CHF; Wechselkurs 10. Mai 2009. Vgl. http://www.apodiscounter.de/kosmetik-pflege-zahn-mundpflege-c-265_303.html und <http://www.nwb-shops.de/dentdi/ev/default.asp?preise=ev,,> besucht am 11. Mai 2009.

⁴² Ein Konsument muss ungefähr 15 bis 20 Tuben Zahnpasta bestellen, damit er denselben Normalverkaufspreis in Höhe von CHF 4.90 wie bei Migros resp. CHF 4.40 wie bei Coop erhalten würde (Stand: Mai 2009).

⁴³ Vgl. Procter & Gamble/Gillette, RPW 2005/4, S. 613 f., Rz. 26.

⁴⁴ Vgl. Smithkline Beecham/Block Drug EU COMP/M.2192, Rz. 30; Bundeskartellamt, Colgate-Palmolive/Gaba, B3-24520-Fa-154/03, Rz. 46; Procter & Gamble/Gillette EU COMP/M.3732, Rz. 42.

Tabelle 3: Durchschnittliche Einstandspreise von Elmex rot im internationalen Vergleich

Jahr	Wechselkurs	Schweiz	Österreich		Deutschland	
2005/2006	1.55	CHF [2.00-3.00]	EUR [1.00-2.00]	CHF [1.00-2.00]	EUR [1.00-2.00]	CHF [2.00-3.00]
2007	1.64	CHF [2.00-3.00]	EUR [1.00-2.00]	CHF [2.00-3.00]	EUR [1.00-2.00]	CHF [2.00-3.00]

Quelle: Angaben der Parteien, Angaben exkl. MwSt.

211. Der Tabelle ist zu entnehmen, dass der durchschnittliche Einstandspreis in der Schweiz in den Jahren 2005/2006 [signifikant] höher war als im umliegenden Ausland. Im Jahr 2007 reduzierte sich dieser Unterschied infolge einer Aufwertung des Euro gegenüber dem Schweizer Franken auf knapp [...]%.

212. Anzumerken ist, dass der Einstandspreis [...].

213. Laut Gaba sind die höheren Einstandspreise in der Schweiz auf die folgenden Faktoren zurückzuführen:

- Den grossen Abnehmern in Deutschland müssten wegen den grösseren Mengen auch höhere Mengenrabatte als jenen in der Schweiz gewährt werden, was den durchschnittlichen Einkaufspreis senke.
- Bei Zahnpasta würde schätzungsgemäss nur [...] der Gesamtkosten auf die Produktion entfallen. Bei den restlichen Kosten handle es sich um Logistik-, Vertriebs- und Marketingkosten, die in den jeweiligen Ländern anfallen würden. Diese Dienstleistungen müsste Gaba für den Vertrieb in der Schweiz bei Dritten einkaufen, die im Vergleich zu Deutschland und Österreich deutlich höhere Preise in Rechnung stellen würden. Diese Aussage belegt Gaba mit Ergebnissen der Studie „Europricing“ von Promarca sowie mit Zahlen des Bundesamts für Statistik (BfS).
- Würde man die Einstandspreise mit den vom BfS berechneten Kaufkraftstandards bereinigen, zeige sich, dass die Einkaufspreise von Gaba an den Handel kaufkraftbereinigt in allen drei Ländern praktisch identisch sei (Schweiz: CHF [1.00-2.00]; Österreich: CHF [1.00-2.00]; Deutschland: CHF [1.00-2.00]).

214. Letzteres Argument wird auch von Gebro geltend gemacht. Das Vorbringen ist jedoch irrelevant, da ein Arbitragepotenzial unabhängig von der unterschiedlichen Kaufkraft in den verschiedenen Ländern besteht.

215. Zusammenfassend scheinen lediglich Spar und Denner ein Interesse zu haben, die Arbitragemöglichkeit für den Parallelimport von Elmex rot wahrzunehmen. Ob die unterschiedlichen Einstandspreise einen Parallelimport betriebswirtschaftlich attraktiv machen, hängt insbesondere von dem mit Parallelimporten verbundenen administrativen Aufwand und der Verfügbarkeit der nachgefragten Mengen ab (vgl. Rz. 216).

B.3.3.2.2. Parallelimporte

216. Bis September 2009 (vgl. Rz. 19, 22) war Spar der einzige Schweizer Lebensmittel-Detailhändler, der Parallelimporte von Elmex rot tätigte. Spar importiert [...] Elmex über [...]. Dieser Bedarf entspricht einem Anteil von [...]% aller in der Schweiz verkauften Tuben Elmex rot. Spar erwähnt keine Schwierigkeiten beim Import. Ausser Denner und Spar gaben alle übrigen Lebensmittel-Detailhändler an, in den letzten fünf Jahren nie den Versuch unternommen zu haben, Elmex rot parallel zu importieren. Als Gründe wurden folgende angegeben:

- gesetzliche Vorschriften;
- fehlende kontinuierliche Versorgung;
- Konzentration des Vertriebs auf Eigenmarken;
- fehlende Verkaufsunterstützung;
- zu kleine Importvolumen;
- zu grosser Aufwand;
- fehlende Verfügbarkeit von grossen Mengen auf dem Parallelmarkt.

217. Gebro hat laut eigenen Angaben die von ihr hergestellten Produkte indirekt über [...] an Spar Schweiz exportiert. Dazu ist anzumerken, dass Spar insofern einen Spezialfall darstellt, als sie über [...] parallel importieren kann (vgl. Rz. 107 f.). Die gleiche Möglichkeit steht anderen Schweizer Detailhandelsunternehmen nicht offen.

218. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass sich ein Parallelimport von Elmex rot laut Aussagen der Marktteilnehmer lediglich für Denner und Spar betriebswirtschaftlich lohnt, wobei Denner diese Arbitragemöglichkeit erstmals im September 2009 ausnutzen konnte.

219. Gaba ist mit dieser Feststellung aus folgenden Gründen nicht einverstanden:

- Gemäss der Verfügung Coop/Carrefour (RPW 2008/4, S. 608) würden lediglich 30% der Körperpflegeprodukte und rund 37% der Wasch- und Reinigungsmittel in der Schweiz produziert. Der Rest werde direkt oder indirekt importiert. Es gebe keine Gründe, weshalb dies bei Zahnpasta anders sein solle.
- Für Zahnpastahersteller bestehe die glaubwürdige Gefahr, dass Coop und Migros bedeutende Mengen Zahnpasta parallel importieren könnten.
- Die beiden Grossverteiler würden sich durch die Drohung, von Elmex rot auf Konkurrenzprodukte oder auf im Inland bezogene Eigenmarken umzustellen, günstige Einkaufspreise sichern.
- Die Bedeutung von Parallelimporten werde bei der Beurteilung des Intra-brand-Wettbewerbs überschätzt.

220. Den Vorbringen von Gaba ist Folgendes entgegenzuhalten:

- Betreffend den Schluss von den Importanteilen bestimmter Produktgruppen auf den Importanteil von Zahnpasta wird auf die Ausführungen in Rz. 204 verwiesen.
- Das Argument, es bestehe eine glaubwürdige Gefahr, dass Coop und Migros bedeutende Mengen Zahnpasta parallel importieren könnten, ist aus den in Rz. 204 aufgeführten Gründen wenig plausibel.
- Auch die angebliche Drohung, Coop und Migros würden Elmex rot auslisten und durch andere Zahnpastamarken ersetzen, ist nicht glaubwürdig: Eine Auslistung von Elmex rot ist angesichts der Stärke der Marke Elmex (vgl. Rz. 188 ff.) und der hohen Marktanteile (vgl. Rz. 259) unwahrscheinlich.
- Inwiefern Parallelimporte den Preis für ein Produkt ins Rutschen bringen und somit den Intra-brand-Wettbewerb stimulieren können, wird durch den Parallelimport von Elmex rot durch Denner im September 2009 vor Augen geführt: Denner bot die parallel importierte Elmex-Zahnpasta in einem Sonderangebot zu CHF 2.85 an während die in der Schweiz beschaffte Ware weiterhin mit CHF 4.40 bepreist wurde.

B.3.3.2.3. Intra-brand-Preiswettbewerb

221. Nach Ansicht der Parteien herrscht auf dem Schweizer Markt zwischen den Anbietern von Elmex rot ein intensiver Wettbewerb, obwohl Elmex rot bis September 2009 nur von Spar parallel importiert wurde. Die Wettbewerbsintensität betreffend Elmex rot wird im Folgenden analysiert. Der Fokus liegt dabei auf dem Preiswettbewerb, da eine Differenzierung zwischen den Wiederverkäufern von Elmex rot über die Qualität oder Serviceleistungen unwahrscheinlich ist: Die Qualität der Zahnpasta Elmex rot hängt lediglich vom Hersteller Gaba ab und ist deshalb in allen Verkaufsstellen identisch. Im Weiteren wird die grosse Mehrheit der in der Schweiz vertriebenen Elmex rot in den Regalen von Supermärkten ohne Beratung angeboten (vgl. Rz. 229).

222. Gaba ist mit dieser Argumentation nicht einverstanden und bringt vor, dass um Elmex rot aufgrund des Vertriebs im Drug- und Dentalkanal ein intensiver Intra-brand-Qualitätswettbewerb herrsche. Dieses Vorbringen stösst ins Leere, da erstens die Qualität von Zahnpasta nicht vom Wiederverkäufer, sondern vom Hersteller abhängt (vgl. Rz. 221). Zweitens werden in der Schweiz rund [>70] % aller Elmex rot Zahnpasten im Food-Kanal abgesetzt (vgl. Rz. 224), in dessen Verkaufsstellen hinsichtlich der Beratungsdienstleistungen keine Unterschiede existieren. Drittens ist es fraglich, ob Konsumenten in Apotheken und Drogerien tatsächlich eine Beratung für herkömmliche Zahnpasten wie Elmex rot nachfragen.

Intra-brand-Preiswettbewerb zwischen Absatzkanälen

223. Gaba setzt Elmex rot in der Schweiz über den Food-, Drug- und Dental-Kanal ab (vgl. Rz. 139). Elmex rot wird innerhalb dieser drei Vertriebskanäle in einer Vielzahl von Verkaufspunkten angeboten. Laut Gaba handelt es sich dabei um mehrere tausend Zahnärzte und Dentalhygieniker, rund 2'350 Apotheken und Drogerien sowie rund [...] Detailhändler, freie Detaillisten und Convenience-Stores.

224. Der Food-Kanal stellt den weitaus wichtigsten Absatzkanal für Elmex rot dar, wie die folgende Tabelle 4 zeigt.

Tabelle 4: Umsatzanteile Elmex rot nach Absatzkanal 2007

Absatzkanal	Umsatz in CHF	Anteil in %
Dental	[...]	[...]
Drug	[...]	[...]
Food	[...]	[>70]

Quelle: Angaben von Gaba.

225. Innerhalb des Food-Kanals werden [>70] % aller in der Schweiz verkauften Elmex rot Zahnpasten über Migros und Coop abgesetzt.⁴⁵ Aufgrund der zentralen Bedeutung des Absatzkanals Lebensmittel-Detailhandel für den Vertrieb von Elmex rot steht dieser im Fokus der nachfolgenden Analyse.

Intra-brand-Preiswettbewerb im Lebensmittel-Detailhandel

226. Die nachfolgende Tabelle 5 enthält die Normal-, Aktions- und Durchschnittspreise für Elmex rot im Schweizer Lebensmittel-Detailhandelsmarkt für das Jahr 2007.

Tabelle 5: Preise (in CHF) Elmex rot im Lebensmittel-Detailhandel im Jahr 2007

⁴⁵ Quelle: Erhebungen des Sekretariats.

Detailhändler	Normalverkaufspreise	Aktionsverkaufspreise	Durchschnittspreise
Coop	4.60	3.65	[...]
Denner-Satelliten	4.15	Keine Aktionen	[...]
Manor	4.40	3.65	[...]
Migros	4.60	3.65	[...]
Spar	4.60	2.70	[...]
Valrhône (PAM)	4.60	3.95	[...]
Volg	4.60	3.45	[...]

Quelle: Erhebungen des Sekretariats.

227. Der ersten Spalte der Tabelle 5 ist zu entnehmen, dass die Normalverkaufspreise von Elmex rot im Jahr 2007 um lediglich CHF 0.45 (rund 10%) variierten. Hervorzuheben ist, dass die beiden Absatzkanäle, welche den Grossteil an Elmex rot in der Schweiz absetzen (vgl. Rz. 229), identische Preise hatten.

228. Die zweite Spalte der Tabelle 5 zeigt, dass die Aktionsverkaufspreise von Spar im Jahr 2007 deutlich unter den Preisen der übrigen Detailhändler lagen. Dies ist wohl damit zu erklären, dass Spar Elmex rot über [...] bezieht. Der zweiten Spalte ist ferner zu entnehmen, dass die Bandbreite der Aktionsverkaufspreise von Elmex rot in der Schweiz im Jahr 2007 rund CHF 1.25 (gut 31%) betrug. Diese Bandbreite ergibt sich nur, weil Spar dank Parallelimporten sehr tiefe Aktionspreise setzen kann. Ohne Spar hätte die Bandbreite lediglich CHF 0.50 (gut 12%) betragen.

229. Hervorzuheben ist, dass im Jahr 2007 rund [>60]% aller in der Schweiz verkauften Elmex rot Zahnpasten über die Verkaufskanäle von Migros und Coop abgesetzt wurden.⁴⁶ Im Food-Kanal betrug dieser Anteil sogar [>70]% (vgl. Rz. 225). Somit wurde ein Grossteil der in der Schweiz angebotenen Elmex rot zu denselben Normal- und Aktionsverkaufspreisen verkauft.

230. In der letzten Spalte der Tabelle 5 sind die jährlichen Durchschnittspreise von Elmex rot ausgewiesen.⁴⁷ Die Durchschnittspreise bewegten sich im Jahr 2007 in einer Bandbreite von CHF [...] und CHF [...]. Dies entspricht einem durchschnittlichen Preisunterschied von [20-30]%. Ohne Spar hätte die Bandbreite CHF [...] (gut [10-20]%) betragen.

231. Die geringen Unterschiede der Normalverkaufs- und Aktionsverkaufspreise können sowohl Ergebnis eines intensiven als auch eines mangelhaften Intra-brand-Preiswettbewerbs sein.

232. Laut Gaba sind die geringen Preisunterschiede ein Zeichen für wirksamen Intra-brand-Wettbewerb, da beim Versuch eines Detailhändlers, die Preise höher als diejenigen seines wichtigsten Wettbewerbers zu setzen, eine bedeutende Anzahl Kunden abwandern würde. Weiter herrsche auch bei anderen Markenprodukten Preisparität zwischen Migros und Coop.

233. Diesem Vorbringen widerspricht jedoch die Tatsache, dass Denner nach Aufnahme der Belieferung durch Gaba im März 2009 Elmex rot rund 10% günstiger als Migros und Coop anbot. Daraufhin senkte Coop im Mai 2009 den Preis von Elmex rot auf das Niveau von Denner (vgl. Rz. 20). Dies deutet darauf hin, dass der Intra-brand-Wettbewerb vor der Belieferung von Denner mit Elmex nicht genügend wirksam war bzw. dass ein Preissetzungsspiel-

⁴⁶ Quelle: Erhebungen des Sekretariats.

⁴⁷ Die Normal- und Aktionspreise wurden mit den verkauften Mengen gewichtet, es handelt sich also um gewichtete Durchschnitte.

raum gegen unten bestand. [...]. Auch dies deutet darauf hin, dass es sich bei den Endverkaufspreisen von Elmex rot nicht um Wettbewerbspreise handelte. Im Übrigen müsste im Einzelfall geprüft werden, ob es sich bei Preisen anderer Produkte, welche Migros und Coop gleich teuer anbieten, um Wettbewerbspreise handelt. Somit sind die festgestellten geringen Preisunterschiede nicht auf einen wirksamen, sondern auf einen mangelnden Intra-brand-Preiswettbewerb zurückzuführen.

234. Ein mangelhafter Intra-brand-Preiswettbewerb wie im vorliegenden Fall kann durchaus auch im Interesse von Gaba liegen: Solange der Druck auf die Endverkaufspreise gering ist, gerät der Hersteller in der Regel ebenfalls weniger unter Preisdruck. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass Gaba den Wiederverkäufern von Elmex rot als unverbindlich deklarierte Preisempfehlungen abgibt. Es ist nicht auszuschliessen, dass diese ein Instrument darstellen, um den Preisdruck im Markt tief zu halten. Die Frage, ob Gaba den Intra-brand-Preiswettbewerb damit beeinflusst, wird vorliegend mangels genügenden Anhaltspunkten jedoch nicht weiter verfolgt.

235. Die Parteien machen bezüglich der ausgewiesenen Preisdifferenzen bei Elmex rot weiter geltend, dass diese gar nicht gering seien, insbesondere wenn man auch den Drug- und Dental-Kanal in die Analyse miteinbeziehe. Gebro bringt zudem vor, dass ein Vergleich der Aktions- und Normalverkaufspreise zu höheren Preisspannen von Elmex rot führe als vom Sekretariat berechnet worden seien.

236. Dem ist entgegenzuhalten, dass rund [...] aller Tuben Elmex rot zu denselben Normal- und Aktionsverkaufspreisen abgesetzt werden (vgl. Rz. 229). Unter Mitberücksichtigung des Dental- und Drug-Kanals hätten die Preisspannen zudem lediglich gegen oben zugenommen.

237. Seit dem Jahr 2007 haben sich die Preise für Elmex rot wie folgt verändert: Gaba erhöhte auf 1. April 2008 den Abgabepreis für ihre Produkte in der Schweiz, worauf eine Tube Elmex rot bei Migros, Coop, Spar, Volg und Manor zu demselben Normalverkaufspreis von CHF 4.90 erhältlich war. Die Denner-Satelliten verkauften Elmex rot mit CHF 4.40 rund 10% günstiger. Seit Frühling 2009 werden Denner-Filialen von Gaba ebenfalls mit Elmex rot beliefert und bieten die Tube zu einem Preis von CHF 4.40 an. Im Mai 2009 senkte Coop den Preis für Elmex rot auf jenen von Denner. Schliesslich verkaufte Denner im September 2009 in einem Sonderangebot parallel importierte Elmex-Zahnpasta zu CHF 2.85.

Aktionstätigkeit für Elmex rot

238. Laut Gaba spielt der Preiswettbewerb um Elmex rot über eine rege Aktionstätigkeit. Aktionen spielen beim Absatz von Elmex rot tatsächlich eine wichtige Rolle, wie Tabelle 6 verdeutlicht. Je nach Detailhändler werden zwischen knapp [...] und [...] der Gesamtmenge über Aktionen abgesetzt.

Tabelle 6: Aktionen von Elmex rot im Lebensmittel-Detailhandel im Jahr 2007

Detailhändler	Normalware in % der Gesamtmenge	Aktionsware in % der Gesamtmenge
Coop	[...]	[...]
Manor	[...]	[...]
Migros	[...]	[...]
Spar	[...]	[...]
Valrhône (PAM)	[...]	[...]
Volg	[...]	[...]
Total	[...]	[...]

Quelle: Erhebungen des Sekretariats.

239. Diese Zahlen bewegen sich in einem ähnlichen Rahmen wie bei anderen häufig verkauften Zahnpasten in der Schweiz (vgl. Rz. 282).

240. Für die Beurteilung der Wettbewerbsintensität hinsichtlich Elmex rot fragte das Sekretariat Gaba, aufgrund welcher Kriterien die Aktionspläne für Elmex rot bei den Detailhändlern zeitlich festgelegt würden und ob die Aktionspläne bei den verschiedenen Detailhändlern zeitlich koordiniert würden.

241. Laut Gaba werden Aktionen bzw. Aktivitäten für das jeweilige Folgejahr, welche Gaba (mit)finanziere, mit den Kunden an den Jahresendgesprächen besprochen. Der Detailhändler bestimme den Zeitpunkt der Aktivität und die Promotionsartikel; Gaba koordiniere die Aktionen nicht. Für Promotionsaktivitäten offeriere Gaba dem Detailhändler einen Aktionspreis (normaler Listenpreis minus Aktionsrabatt), wobei mindestens der Aktionsrabatt dem Konsumenten weiterzugeben sei. Es handle sich somit um einen Höchstpreis. Der Detailhändler sei frei, den Detailhandelspreis weiter zu reduzieren oder weitere Aktionen auf eigene Rechnung durchzuführen. In diesem Fall habe der Kunde Gaba frühzeitig zu informieren, damit Gaba die Warenverfügbarkeit sicherstellen könne.

242. Die Ausführungen zur finanziellen Beteiligung von Gaba an den Aktionen sowie zur frühzeitigen Informationspflicht implizieren, dass Gaba die Aktionspolitik der Händler beeinflussen kann.

243. Tabelle 7 enthält die Aktionswochen von Elmex rot im Lebensmittel-Detailhandel im Jahr 2007. Kalenderwochen, in welchen bei mehreren Detailhändlern gleichzeitig Aktionen stattfanden, sind fett markiert.

Tabelle 7: Aktionswochen Lebensmittel-Detailhandel 2007

Detailhändler	Aktionswochen
Casino	[...]
Coop	[...]
Manor	[immer ausser Jan./Feb. und Juli/Aug]
Migros	[...]
Spar*	[...]
Valrhône (PAM)	[...]
Volg	[...]

Quelle: Erhebungen des Sekretariats.
*Spar bezieht Elmex rot nicht über Gaba.

244. Wie Tabelle 7 zeigt, finden die Aktionen von Elmex rot weitgehend gestaffelt statt, insbesondere überschneiden sich die Aktionen bei Migros und Coop, welche den Grossteil an Elmex rot in der Schweiz absetzen, nicht. Hervorzuheben ist die Aktionspolitik von Manor: Ausser in den Monaten Januar/Februar und Juli/August wird Elmex rot stets in Aktion angeboten.

245. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass Aktionen beim Verkauf von Elmex rot eine wichtige Rolle spielen. Die Aktionstätigkeit genügt jedoch nicht, um den Intra-brand-Preiswettbewerb als genügend wirksam zu qualifizieren.

246. Die Parteien sind mit dieser Schlussfolgerung nicht einverstanden und bringen vor, dass die Aktionstätigkeit bei Elmex rot bei der Würdigung des Intra-brand-Wettbewerbs nur mangelhaft berücksichtigt worden sei. Die WEKO nimmt dieses Vorbringen zur Kenntnis, hält aber an ihrer ursprünglichen Würdigung fest.

Auswirkungen der Verfügbarkeit von Elmex rot bei Denner auf den Intra-brand-Wettbewerb

247. Laut Gaba ist Elmex rot in der Schweiz die am häufigsten verfügbare Zahnpasta, da sie – im Unterschied zu Candida und anderen Markenzahnpasten – sowohl bei Coop und Migros und den meisten anderen Lebensmittel-Detailhändlern als auch bei tausenden von Zahnärzten und Apotheken erhältlich sei. Deshalb sei es sehr unwahrscheinlich, dass der Verkauf von Elmex rot bei Denner den Intra-brand-Wettbewerb wesentlich beeinflusst hätte.

248. Dem ist entgegenzuhalten, dass für die Beurteilung des Intra-brand-Wettbewerbs nicht einzig die Anzahl verschiedener Verkaufsstellen resp. die Marktdurchdringung entscheidend ist. Vielmehr müssen auch die Preisunterschiede in den verschiedenen Verkaufsstellen mitberücksichtigt werden. Die Verfügbarkeit von Elmex rot bei Migros beispielsweise hatte – unabhängig von der Anzahl Verkaufsstellen – keine Auswirkungen auf den Intra-brand-Wettbewerb, da Migros und Coop bis im Mai 2009 denselben Preis verlangten (vgl. Rz. 237). Der Verkauf bei Denner jedoch hat einen wesentlichen Einfluss auf den Intra-brand-Wettbewerb von Elmex rot, da

- Denner Elmex rot zum Zeitpunkt der Belieferungsaufnahme durch Gaba günstiger anbot als die restlichen Detailhändler. Während Migros und Coop Elmex rot zu CHF 4.90 anboten, verkaufte Denner die Tube zu CHF 4.40;
- Denner Elmex rot seither in der Schweiz in einem flächendeckenden Verkaufsstellen-netz von rund 730 Verkaufsstellen zu diesem günstigen Preis anbietet;

- der Marktanteil von Denner im Food-Kanal im Bereich Zahnpasta gemäss Angaben von Gaba [10-20]% beträgt, jener von Spar jedoch lediglich [0-10]%;
- die bei Denner verkaufte Menge an Elmex rot ungefähr [0-10]% des Gesamtabsatzes an Elmex rot in der Schweiz (inkl. Drug- und Dental-Kanal) entsprechen würde,⁴⁸ jene von Spar jedoch lediglich [...] % beträgt;
- nachdem Elmex rot bei Denner zu einem günstigeren Preis erhältlich war, Coop den Preis für Elmex rot im Mai 2009 ebenfalls auf CHF 4.40 senkte. Dies zeigt, dass der Verkauf von Elmex rot bei Denner einen Einfluss auf den Intra-brand-Wettbewerb hat.

Grundsätzliche Vorbringen der Parteien zum Intra-brand-Wettbewerb

249. Die Parteien bringen gegen die obigen Ausführungen Folgendes vor:

- Die Prüfung des Intra-brand-Wettbewerbs beschränke sich auf die Analyse des Preiswettbewerbs im Food-Kanal. Der Drug- und Dentalkanal dürften jedoch nicht ausgeklammert werden. So biete beispielsweise die Drogerie Müller Elmex rot zu einem gut [0-10]% günstigeren Preis an als die Lebensmittel-Detailhändler.
- Die Freigabe der beiden Zusammenschlüsse Migros/Denner und Coop/Carrefour impliziere, dass der Wettbewerb zwischen den Schweizer Lebensmittel-Detailhändlern sowohl vor als auch nach den beiden Transaktionen wirksam gewesen sei. Zudem müsse aufgrund der im Rahmen der Zusammenschlussprüfungen Migros/Denner und Coop/Carrefour verfügbaren Auflagen angenommen werden, dass der Wettbewerb weiterhin wirksam sei.
- Der vorangehende Punkt werde unterstrichen durch die Tatsache, dass die Marktabgrenzung in den beiden Zusammenschlussentscheiden enger definiert worden sei als im vorliegenden Fall, in welchem der relevante Markt sowohl Lebensmittel-Einzelhändler als auch Apotheken und Drogerien umfasse.
- Spar dürfe bei der Beurteilung des Intra-brand-Wettbewerbs nicht ausgeklammert werden, da Spar kein Spezialfall sei. Im Übrigen sei es für den Intra-brand-Wettbewerb irrelevant, woher Spar die Produkte beziehe.

250. Dem ist Folgendes entgegenzuhalten:

- Betreffend die Berücksichtigung des Drug- und Dental-Kanals ist anzumerken, dass die Preise für Elmex rot im Drug-Kanal – mit Ausnahme von Müller – durchwegs höher sind als im Food-Kanal. Die von Gaba erwähnte Drogerie Müller ist zudem erst seit 2005 in der Schweiz präsent und betreibt nur 28 Filialen (Stand: Mai 2009). Diese geringe Marktdurchdringung suggeriert eine eher untergeordnete Bedeutung dieses Anbieters für den Intra-brand-Wettbewerb.
- Das Vorbringen zur Freigabe der beiden Zusammenschlüsse Migros/Denner und Coop/Carrefour stösst ins Leere, da in diesen Entscheiden eine Begründung oder Verstärkung einer kollektiven Marktbeherrschung von Migros und Coop festgestellt wurde. Damit sich die Wettbewerbssituation auf dem Lebensmittel-Detailhandelsmarkt nicht substantiell verschlechterte, resp. um die Markteintrittsbarrieren zu senken, verfügte die WEKO in beiden Verfahren Auflagen (vgl. RPW 2008/1, S. 129 ff. und RPW 2008/4, S. 593 ff.). Somit lassen weder die Freigabe der beiden Zusammenschlüsse noch die

⁴⁸ Denner versuchte, monatlich 20'000 Tuben zu bestellen (vgl. Rz. 15), was einem jährlichen Gesamtbedarf von 240'000 Tuben entspricht. Dies entspricht auch ungefähr der von Denner nun effektiv bezogenen Menge von Gaba. In der Schweiz werden pro Jahr insgesamt ca. [...] Mio. Tuben (Food: ca. [...] Mio. Tuben) Elmex verkauft. Quelle: Angaben von Gaba.

Tatsache, dass Auflagen verfügt wurden, den Schluss zu, auf dem Lebensmittel-Detailhandelsmarkt herrsche wirksamer Wettbewerb.

- Die Breite des sachlich relevanten Marktes für Zahnpasta kann nicht mit jener des Lebensmittel-Detailhandels verglichen werden, da letzterer auf dem Sortimentskonzept basiert und somit neben Zahnpasta eine grosse Anzahl weiterer Produkte umfasst (vgl. RPW 2008/1, Rz. 164 und RPW 2008/4, Rz. 55). Zudem kann nicht davon ausgegangen werden, dass Apotheken und Drogerien die beiden grossen Schweizer Grossverteiler im Unterschied zu Denner zu disziplinieren vermögen, da die Preise für Elmex rot im Drug-Kanal tendenziell höher sind als im Food-Kanal.
- Entgegen dem Vorbringen von Gebro wird Spar bei der Beurteilung des Intra-Brand-Wettbewerbs durchaus berücksichtigt. Auf die Gründe, weshalb Spar als Spezialfall zu behandeln ist, wurde oben ausführlich eingegangen (vgl. Rz. 107). Die Bedeutung von Spar für den Intra-Brand-Wettbewerb ist darüber hinaus aus folgenden Gründen als eher gering einzustufen: Erstens verfügt Spar in der Schweiz über bedeutend weniger Verkaufsstellen (ca. 330) als Migros (ca. 540), Coop (ca. 840) und Denner (ca. 730) und somit über eine bedeutend kleinere potenzielle Kundenbasis (vgl. RPW 2008/4, S. 615). Zweitens verfügt Spar beim Verkauf des Produkts Elmex rot in der Schweiz lediglich über einen Marktanteil von [...]%. Drittens bietet Spar Elmex rot nur während [...] Wochen pro Jahr in Aktion an (vgl. Rz. 243). In der übrigen Zeit entsprechen die Normalverkaufspreise jenen von Migros und Coop.

B.3.3.2.4. Fazit

251. Zusammenfassend ergaben die Ermittlungen der WEKO zum Intra-Brand-Wettbewerb folgendes Resultat:

- Eine Arbitragemöglichkeit beim Import von Elmex rot wird von Spar und Denner bejaht. Trotz der unterschiedlichen Einstandspreise zwischen der Schweiz und dem umliegenden Ausland lohnt sich ein Parallelimport für die übrigen Detailhändler laut eigenen Angaben insbesondere wegen administrativem Aufwand und der fehlenden Verfügbarkeit der nachgefragten Mengen betriebswirtschaftlich nicht.
- Bis September 2009 importierte lediglich Spar Elmex rot parallel. Allerdings stellt Spar insofern einen Spezialfall dar, als sie über [...] parallel importieren kann (vgl. Rz. 107). Die gleiche Möglichkeit steht anderen Schweizer Detailhandelsunternehmen nicht offen.
- Die Preisunterschiede für Elmex rot im Schweizer Lebensmittel-Detailhandel sind gering. Allerdings ist durch die Aktionstätigkeiten ein gewisser Preiswettbewerb um Elmex rot vorhanden. Dieser reicht jedoch nicht aus, um den Intra-Brand-Preiswettbewerb als genügend wirksam zu qualifizieren.

252. Somit besteht zwar ein gewisser Intra-Brand-Wettbewerb aus Aktionstätigkeiten und den Parallelimporten von Spar. Allerdings ist das Ausmass an Intra-Brand-Wettbewerb zu gering, um als genügend wirksam qualifiziert zu werden. Eine Widerlegung der Vermutung aus Art. 5 Abs. 4 KG allein aufgrund des festgestellten Intra-Brand-Wettbewerbs ist folglich nicht möglich. Daher wird im Folgenden der Inter-Brand-Wettbewerb geprüft.

B.3.3.3. Interbrand-Wettbewerb

253. Zur Analyse des Ausmasses an Wettbewerb zwischen Anbietern unterschiedlicher Zahnpastamarken wird zunächst der aktuelle Wettbewerb auf dem Schweizer Markt für Zahnpasta untersucht.

B.3.3.3.1. Aktueller Wettbewerb

Marktteilnehmer

254. Auf dem Schweizer Markt für Zahnpasta sind vier grosse Hersteller tätig, die alle über starke Marken verfügen:

- Gaba produziert die Marken Elmex und Meridol. Gaba gehört zum Colgate-Palmolive Konzern, welcher die Marken Colgate und Dentagard anbietet.
- Mibelle, eine Tochter der Migros-Gruppe, stellt die Marken Candida und M-Budget her.
- Unilever ist ein international tätiges Konsumgüterunternehmen, welches mit ungefähr 175'000 Beschäftigten in 150 Ländern präsent ist und etwa CHF 64 Mia. Umsatz erwirtschaftet. Unilever stellt die Marke Signal her.
- GlaxoSmithKline ist ein international tätiges Pharmaunternehmen, welches mit ungefähr 100'000 Beschäftigten in 160 Ländern präsent ist und etwa CHF 46 Mia. Umsatz erwirtschaftet. GlaxoSmithKline produziert die Marken Odol und Sensodyne.

255. Daneben existieren zahlreiche kleinere Anbieter wie Doetsch Grether, Weleda, Dr. Wild & Co., Wala, Logocos und Purity Laboratories, die ihre Produkte insbesondere über den Drug-Kanal absetzen. Zudem bieten Lebensmittel-Detailhändler wie Aldi und Coop Eigenmarken von Zahnpasta an.

256. Nachfolgend werden die Marktanteile der Zahnpastahersteller auf dem Schweizer Markt für Zahnpasta dargelegt. Da der Lebensmittel-Detailhandel den weitaus wichtigsten Absatzkanal für Zahnpasta darstellt, konzentriert sich die Analyse der Marktanteile auf die verfügbaren Daten dieses Absatzkanals (vgl. Rz. 224).

Marktanteile

257. Das Sekretariat hat zur Schätzung der Marktanteile bei den Lebensmittel-Detailhändlern für die Jahre 2006 und 2007 die abgesetzten Mengen an Zahnpasta sowie die damit erzielten Umsätze erhoben. Zu beachten ist, dass die so kalkulierten Marktanteile lediglich Grössenordnungen wiedergeben, da bei den Berechnungen nur der Lebensmittel-Detailhandelskanal berücksichtigt wurde.

258. Gemäss Gaba müssten die Marktanteile basierend auf den Mengen berechnet werden, weil es zwischen den billigsten und den teuersten Zahnpasten signifikante Preisunterschiede gebe. Würde man auf die Umsätze abstellen, resultiere für Tiefstpreisprodukte ein zu tiefer und für die teuren Produkte ein überhöhter Marktanteil, weil für eine Zahnreinigung unabhängig von der Marke gleichviel Zahnpasta benötigt werde. Diese Ansicht stützt eine Marktanteilstudie von ACNielsen, welche die Marktanteile ebenfalls mengenbasiert ausweist.

259. Die Frage nach der sachgerechten Basis für die Marktanteilsberechnungen muss hier nicht abschliessend beantwortet werden, da die Schlussfolgerungen dadurch nicht tangiert werden. Die nachfolgende Tabelle 8 enthält deshalb sowohl mengen- als auch umsatzbasierte Marktanteile der wichtigsten Zahnpastahersteller und deren Zahnpasten.

Tabelle 8: Marktanteile 2007

Hersteller	Produkt	Marktanteil mengenbasiert (in Liter)	Marktanteil umsatzbasiert
Gaba	Elmex rot	[10-20]%	[10-20]%
	Elmex sensitiv	[0-10]%	[0-10]%
	Elmex Kinder & Junior	[0-10]%	[0-10]%
	Meridol	[0-10]%	[10-20]%
	Total	[20-30]%	[40-50]%
Colgate-Palmolive	Colgate	[10-20]%	[10-20]%
	Dentagard	[0-10]%	[0-10]%
	Total	[10-20]%	[10-20]%
Colgate-Palmolive/Gaba	Total	[40-50]%	[50-60]%
Mibelle	Candida	[20-30]%	[10-20]%
	M-Budget	[0-10]%	[0-10]%
	Total	[30-40]%	[20-30]%
Unilever	Signal	[10-20]%	[10-20]%
GlaxoSmithKline	Odol, Sensodyne	[0-10]%	[0-10]%
Aldi	Eigenmarken	[0-10]%	[0-10]%
Coop	Dentalux, Prix Garantie	[0-10]%	[0-10]%
Andere	z.B. Pearl Drops, etc.	[0-10]%	[0-10]%
Total		100%	100%

Quelle: Erhebungen des Sekretariats.

260. Gaba kritisiert an Tabelle 8, dass Denner, Carrefour, Casino, Jelmoli und Loeb darin unberücksichtigt blieben. Zudem seien die Hersteller von Zahnpasta abgesehen von Dr. Wild & Co fälschlicherweise gar nicht befragt worden. Entgegen dem Vorbringen sind Denner und Casino in Tabelle 8 sehr wohl berücksichtigt. Ferner blieben Jelmoli und Loeb aufgrund fehlender Bedeutung unberücksichtigt. Zudem konnte Carrefour nach dem Marktaustritt mangels zuständigem Personal nicht mehr befragt werden. Im Übrigen decken sich die in Tabelle 8 ausgewiesenen Marktanteile mit der oben erwähnten Studie von ACNielsen (vgl. Rz. 258).

261. Bei der Berechnung der Marktanteile stellte sich die Frage, ob die Marktanteile von Gaba jenen von Colgate-Palmolive zugerechnet werden müssen, da Gaba zu Colgate-Palmolive gehört. Laut Colgate-Palmolive ist eine Addition der Marktanteile aus folgenden Gründen abzulehnen:

- Gaba sei ein selbstständiges und autonom am Markt auftretendes Profitcenter innerhalb des Colgate-Palmolive-Konzerns. Colgate-Palmolive und Gaba würden sich mit ihren Produkten als Wettbewerber gegenüberstehen.
- Beide Unternehmen hätten unterschiedliche Marken sowie eigene Marketing- und Verkaufsabteilungen und würden die Beziehungen mit dem Handel separat und unabhängig (inklusive Preisgestaltung) voneinander führen.
- Beide Unternehmen verfolgten eine unterschiedliche Geschäftsstrategie und würden mit unterschiedlichen Vertriebspartnern zusammenarbeiten. Dies zeige sich etwa daran, dass Colgate-Palmolive Denner mit ihren Produkten beliefern und Gaba aufgrund ihres selektiven Vertriebssystems Denner bislang nicht habe beliefern können, da dieser die selektiven Kriterien von Gaba nicht erfüllt habe.

262. Entgegen der Darlegungen von Colgate-Palmolive sind die Marktanteile von Colgate-Palmolive und Gaba zu addieren. Damit wird den Eigentumsverhältnissen Rechnung getra-

gen. Dies entspricht der Praxis der WEKO⁴⁹ und hat auf das Resultat der Untersuchung keine Auswirkungen.

263. Die Feststellung, wonach die Addition der Marktanteile von Gaba und Colgate-Palmolive keine Auswirkungen auf das Resultat der Untersuchung hat, macht laut Gaba nur dann Sinn, wenn die kumulierten Marktanteile von Gaba und Colgate-Palmolive nicht als Anzeichen von Marktmacht betrachtet würden, da bereits die individuellen Marktanteile von Gaba und Colgate-Palmolive kein Anzeichen von Marktmacht darstellten, wie ein empirischer Test der Marktmacht zeigen würde. Wie unten dargelegt wird, stösst diese Kritik ins Leere, weil aufgrund des besagten Tests nicht geschlossen werden kann, dass bereits Gaba allein nicht über Marktmacht verfügt.

264. Die mengenbasierten Marktanteile in Tabelle 8 illustrieren, dass Colgate-Palmolive/Gaba mit einem Marktanteil von rund [40-50]% eindeutiger Marktführer ist. Gaba allein vereint einen Marktanteil von rund [20-30]% auf sich, wobei die Marke Elmex einen Marktanteil von ca. [20-30]% erreicht und jener von Elmex rot etwa [10-20]% beträgt. Mit Mibelle ([30-40]%) und Unilever ([10-20]%) sind zwei weitere grosse Anbieter auf dem Markt tätig. Daneben ist mit GlaxoSmithKline ein weiteres internationales Unternehmen mit rund [0-10]% Marktanteil präsent. Schliesslich mischen noch kleinere Marktteilnehmer und die Detailhändler mit ihren Eigenmarken mit.

265. Werden die Umsätze als Grundlage zur Berechnung der Marktanteile herangezogen, ist Colgate-Palmolive/Gaba mit einem Marktanteil von gut [50-60]% Marktführer, gefolgt von Mibelle mit einem Marktanteil von etwas über [20-30]%. Die Marktanteile der anderen Marktteilnehmer verändern sich nicht wesentlich.

266. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Produzentenseite im Schweizer Markt für Zahnpasta konzentriert ist und eine oligopolistische Struktur aufweist. Die Marktanteile der vier grössten Zahnpastahersteller belaufen sich – umsatz- und mengenbasiert – auf über 90%.

Marktanteilsentwicklung

267. Der Markt für Zahnpasta ist weitgehend gesättigt. Die gesamte Bevölkerung benutzt regelmässig Zahnpasta, weshalb die abgesetzte Menge kaum noch gesteigert werden kann. Gesättigte Märkte gehen oft einher mit stabilen Marktstrukturen. Tabelle 9 illustriert, dass die Marktanteilsschwankungen auf dem Schweizer Markt für Zahnpasta in der Zeitperiode 2006 bis 2007 als eher gering einzustufen sind. Geringe Marktanteilsschwankungen weisen in der Tendenz auf eine mangelhafte Dynamik des Wettbewerbsgeschehens hin. Es ist jedoch nicht auszuschliessen, dass sich auch Hersteller in einem gesättigten Markt mit geringen Marktanteilsschwankungen heftig konkurrieren, um keine Marktanteile an Konkurrenten zu verlieren. Somit dürfen geringe Marktanteilsschwankungen lediglich als Indikator für eine mangelnde Wettbewerbsdynamik gelesen werden.

⁴⁹ Vgl. RPW 2008/1, Migros/Denner, S. 163, Rz. 281; RPW 2008/4, Coop/Carrefour, S. 613, Rz. 170 u. S. 617, Rz. 182.

Tabelle 9: Marktanteilsschwankungen 2006-2007

Anbieter	Veränderung mengenbasiert	Veränderung umsatzbasiert
Colgate-Palmolive	[...]%	[...]%
Gaba	[...]%	[...]%
Colgate-Palmolive/Gaba	[...]%	[...]%
GlaxoSmithKline	[...]%	[...]%
Mibelle	[...]%	[...]%
Unilever	[...]%	[...]%
Weitere	[...]%	[...]%

Quelle: Erhebungen des Sekretariats.

268. Gaba kritisiert den Schluss geringer Marktanteilsschwankungen, weil diese fälschlicherweise auf Jahresbasis berechnet worden seien. Aufgrund der Aktionstätigkeit gebe es innerhalb eines jeweiligen Jahres beträchtliche Marktanteilsschwankungen. Bei Betrachtung der (mengenbasierten) Marktanteilsveränderungen auf Wochenbasis ergäben sich etwa für Elmex rot Marktanteilsschwankungen zwischen [0-20]% im Zeitraum 2006 bis 2008.

269. Es ist zutreffend, dass es innerhalb eines jeweiligen Jahres aufgrund der Aktionstätigkeiten der Hersteller zu unterschiedlichen Zeitpunkten Marktanteilsschwankungen gibt. Der Dynamik des Marktes wird jedoch besser Rechnung getragen, wenn die Marktanteile auf Jahresbasis berechnet werden, anstatt kurzfristige Schwankungen zu fokussieren.

270. Der Tabelle 9 ist zu entnehmen, dass es Colgate-Palmolive/Gaba gelang, ihre Marktanteile insbesondere auf Kosten von [...] etwas auszubauen. Zu den Gewinnern gehört insbesondere Elmex rot. Gaba konnte mit diesem Produkt in den letzten fünf Jahren kontinuierlich Marktanteile gewinnen (vgl. Tabelle 10).⁵⁰

Tabelle 10: Marktanteile Elmex rot (mengenbasiert) 2003-2007

2003	2004	2005	2006	2007
[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%

Quelle: Angaben von Gaba.

Marktmacht von Gaba

271. Laut Gaba können vertikale Abreden – wie etwa ein absoluter Gebietsschutz – nur dann wettbewerbswidrige Auswirkungen haben, falls daran Unternehmen mit Marktmacht beteiligt sind. Im Folgenden werden die Argumente von Gaba diskutiert, die laut Gaba belegen sollen, dass Gaba keine Marktmacht besitze. Ein zentraler Punkt in der Argumentation sind die Ergebnisse von zwei im ökonomischen Parteigutachten präsentierten (quantitativen) Methoden. Diese Methoden und deren Resultate werden im Folgenden dargelegt und diskutiert (ii und iii). Anschliessend wird auf weitere Argumente von Gaba eingegangen, die laut Gaba gegen eine marktmächtige Stellung von Gaba auf dem Schweizer Markt für Zahnpasta sprechen (iv).

⁵⁰ Der Unterschied hinsichtlich des Marktanteils für das Jahr 2007 in Tabelle 8 und Tabelle 10 ist dadurch zu erklären, dass die Marktanteile in Tabelle 8 auf Erhebungen des Sekretariats und jene in Tabelle 10 auf Angaben von Gaba beruhen.

i. Vorbemerkung zu den (quantitativen) Methoden

272. Im ökonomischen Parteigutachten wird angenommen, dass weder Colgate-Palmolive noch Gaba vor dem Zusammenschluss im April 2004 über Marktmacht verfügten, da die Fusion der beiden Unternehmen im Jahr 2004 sonst in Österreich und Deutschland⁵¹, Ländern mit ähnlichen Angebots- und Nachfragestrukturen wie die Schweiz, nicht genehmigt worden wäre.

273. Bereits diese Grundannahme ist unzutreffend: Im Rahmen der Zusammenschlussprüfungen in Deutschland und Österreich kam der Marktbeherrschungstest zur Anwendung. Auch wenn durch einen Zusammenschluss keine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, können die beiden Unternehmen sowohl einzeln (vor dem Zusammenschluss) als auch zusammen (nach dem Zusammenschluss) marktmächtig sein.

274. Aus dieser unbegründeten Grundannahme schliesst das Parteigutachten, dass Gaba und Colgate-Palmolive zusammen keine Marktmacht haben können, wenn die Fusion keine Auswirkungen auf die Preise hatte, d.h. wenn der Zusammenschluss keine unilateralen Effekte⁵² generierte. Um dies zu illustrieren, wendet das Parteigutachten zwei Methoden an, die im Folgenden erläutert und diskutiert werden (ii und iii).

ii. Vergleich der relativen Preise

275. Zur Illustration der unilateralen Effekte des Zusammenschlusses Colgate-Palmolive/Gaba werden im Parteigutachten die folgenden relativen Preise in den angegebenen Verkaufsstellen über den Zeitraum 2003 bis 2008 abgebildet:

- Coop: Gaba-Zahnpasten/Signal
- Migros: Gaba-Zahnpasten/Candida
- Coop: Colgate/Signal
- Carrefour: Colgate/Odol Dent 3

276. In den Abbildungen ist kein Trend bzw. Strukturbruch ersichtlich. Deshalb zieht das Parteigutachten den Schluss, dass die relativen Preise von Elmex und Colgate durch die Colgate-Palmolive/Gaba-Transaktion nicht gestiegen seien.

277. Gegen den vorgenommenen Preisvergleich und das gezogene Fazit ist Folgendes einzuwenden:

- Selbst wenn in den Abbildungen ein Trend bzw. Strukturbruch der relativen Preise ersichtlich wäre, wäre dies irrelevant, da der relative Preis als Indikator für unilaterale Effekte ungeeignet ist: Unilaterale Effekte bestehen aus einem internen Koordinationseffekt und einem Gleichgewichtseffekt. Der Gleichgewichtseffekt führt dazu, dass das Preisniveau im gesamten Markt (aller Marken) steigt. Durch eine Betrachtung relativer Preise wird der Gleichgewichtseffekt eliminiert. Der im Parteigutachten gewählte Ansatz

⁵¹ Vgl. Bundeskartellamt, Colgate-Palmolive/Gaba, B3-24520-Fa-154/03.

⁵² Klassische Referenzen zum Konzept der unilateralen Effekte sind R. J. DENECKERE/C. DAVIDSON, Incentives to Form Coalitions with Bertrand Competition, Rand Journal of Economics, 1985, Vol. 16, S. 473-486; C. SHAPIRO, Mergers with Differentiated Products, Antitrust Magazine, 1996, S. 23-30; G. J. WERDEN, A Robust Test for Consumer Welfare Enhancing Mergers Among Sellers of Differentiated Products, Journal of Industrial Economics, 1996, Vol. 44, S. 409-413. Eine Übersicht zum Thema findet sich in MOTTA (Fn. 36), Kapitel 5.2; L. KAPLOW/C. SHAPIRO, Antitrust, in: A. M. Polinsky/S. Shavell, Handbook of Law and Economics, 2007, Kapitel 4.

ist deshalb nicht geeignet, um das Vorliegen unilateraler Effekte und damit die Zunahme an Marktmacht durch einen Zusammenschluss zu illustrieren.

- Es handelt sich nur um eine Darstellung der relativen Preise zwischen ausgewählten Produkten und ausgewählten Unternehmen. Mit anderen Worten wird in den Abbildungen nicht der Gesamtmarkt dargestellt. Folglich sind aus den Abbildungen keine zuverlässigen Aussagen über den Gesamtmarkt möglich.
- Der gewählte Ansatz ist nicht konsistent mit der folgenden fundamentalen Argumentation von Gaba: Gaba bestreitet einerseits das Vorliegen einer oligopolistischen Marktstruktur, andererseits treten unilaterale Effekte – welche vorliegend illustriert werden sollen – aber nur in solchen Marktstrukturen auf.

iii. Difference-in-Difference Schätzung

278. Im Parteigutachten wird sodann eine nicht näher erklärte Difference-in-Difference (DD)-Schätzung präsentiert, welche aufzeigen soll, dass die Preise der Colgate/Gaba-Produkte nach der Fusion nicht angestiegen seien. Konkret wird ein Parameter geschätzt, welcher einen allfälligen Effekt der Fusion (dargestellt durch eine Dummy-Variable) auf die Preisentwicklung von Elmex aufzeigen soll. Der geschätzte Parameter ist nicht signifikant. Das Parteigutachten schliesst daraus, dass es keinen ökonomisch relevanten und statistisch signifikanten messbaren Effekt der Colgate-Palmolive/Gaba-Transaktion auf die Zahnpasta Preise gebe.

279. Leider wird die durchgeführte DD-Schätzung nicht näher erklärt, so dass der gewählte Ansatz nicht nachvollziehbar ist. Weiter wird nicht darauf eingegangen, über welchen Zeitraum geschätzt wird. Ferner können die Resultate basierend auf die im Parteigutachten zur Verfügung gestellten Informationen nicht überprüft werden.

iv. Weitere Argumente von Gaba gegen das Vorhandensein von Marktmacht

280. Laut Gaba sprechen im Wesentlichen die folgenden Argumente gegen eine marktmächtige Stellung von Gaba:

- Die Nachfragemacht im Schweizer Lebensmittel-Detailhandel stelle eine wichtige Beschränkung für Gaba und Colgate-Palmolive dar.
- Candida sei die stärkste Zahnpastamarke in der Schweiz.
- Die Produzenten von Zahnpasta würden ihren Beitrag zu regelmässigen und beträchtlichen Rabattaktivitäten von Einzelhändlern leisten.
- Die Marktanteile von Colgate-Palmolive/Gaba würden beträchtlich überschätzt, da die Unternehmen grösstenteils unabhängig voneinander operieren würden und Importe und Grosshändler in den Zahlen nicht miteinbezogen seien. Kleinere Einzelhändler würden jedoch rund 40% ihres Bedarfs von ausländischen Lieferanten, einschliesslich Grosshändlern, beziehen.
- Schliesslich würden die Marktanteile im vorliegenden Fall keinen Hinweis auf Marktmacht geben. Die Markteintritts- und Expansionsmöglichkeiten sowie die vorhandene Nachfragemacht würden für genügend wirksamen Wettbewerb sorgen.

281. Diesen Vorbringen ist Folgendes entgegen zu halten:

- Es ist zutreffend, dass eine starke Marktgegenseite den Wettbewerb unter den Unternehmen im relevanten Markt intensivieren kann, indem sie letztere gegeneinander ausspielt. Im vorliegenden Fall vermochte jedoch auch der konzentrierte Schweizer (Lebensmittel-)Detailhandel die Abrede zwischen Gaba und Gebro nicht zu untergraben. Ferner ist nicht auszuschliessen, dass die Marktgegenseite in casu von der Wettbe-

werbsbeschränkung, die durch den absoluten Gebietsschutz generiert wurde, profitierte und deshalb kaum Interesse an einer Destabilisierung der Abrede zwischen Gaba und Gebro hatte: Ein schwächerer Intra-brand-Wettbewerb durch weniger Importe setzt auch die Schweizer Lebensmittel-Detailhändler weniger unter Druck. Somit vermag die Stellung der Schweizer Lebensmittel-Detailhändler die Marktmacht von Gaba nicht zu beseitigen. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass beide Seiten über ein gewisses Mass an Marktmacht verfügen.

- Das Argument, Candida sei die stärkste Zahnpastamarke in der Schweiz, ist für die Beurteilung der Marktmacht von Gaba irrelevant, da Marktmacht nicht mit Marktbeherrschung gleichzusetzen ist: Es ist durchaus möglich, dass sowohl die Hersteller von Candida wie auch jene von Elmex marktmächtig sind, ohne dass einer der beiden Produzenten marktbeherrschend ist. Im Übrigen setzt sich der von Gaba geltend gemachte Marktanteil von Candida aus einem ganzen Bündel verschiedener Candida-Zahnpasten zusammen.
- Das Vorbringen betreffend den Beitrag der Hersteller von Zahnpasta zu den Rabattaktivitäten der Einzelhändler ist weder ein Beleg noch ein Indiz für die Absenz von Marktmacht: Die Hersteller haben ein intrinsisches Interesse daran, die Vermarktung ihrer Produkte beim Endkonsumenten mitgestalten zu können.
- Hinsichtlich der Kritik an der Kalkulation der Marktanteile von Gaba/Colgate-Palmolive sowie deren angeblichen Überschätzung wird auf Rz. 262 verwiesen. Auf das Argument betreffend die angeblich fehlende Berücksichtigung von Importen wurde bereits bei der räumlichen Marktabgrenzung (vgl. Rz. 204) eingegangen.
- Die Marktanteile stellen nebst anderen lediglich ein Element in der Analyse der Wettbewerbsbedingungen dar.

Aktionstätigkeit

282. Ein weiterer Indikator für das Ausmass von Interbrand-(Preis-)Wettbewerb sind Aktionstätigkeiten. Die Ermittlungen des Sekretariats ergaben, dass bei den häufig verkauften Zahnpastamarken Candida Fresh Gel, Candida Peppermint, Candida Sensitive Plus, Colgate Total, Colgate Fresh Gel, Elmex rot, Elmex sensitiv, Meridol, Signal Antikaries und Signal White System durchschnittlich rund ein Drittel des Verkaufs über Aktionen stattfindet.

283. In diesem Zusammenhang bringt Gaba basierend auf vierwöchigen Verkaufsdaten von ACNielsen vor, dass Aktionen bei Zahnpasta sehr häufig getätigt würden: So habe es bei Coop zwischen 2006 und 2008 lediglich drei Perioden gegeben, in welchen keine Aktion zumindest einer der sechs wichtigen Marken – Colgate Total, Elmex rot, Odol Dent 3, Signal Micro Granuli, Dentagard Kräuter und Sensodyne Multi Care – stattgefunden habe.

Produkt- und Preisdifferenzierung

284. Die Produktpalette von Zahnpasta zeichnet sich durch eine weitgehende Produktdifferenzierung aus (vgl. Rz. 177), alleine Coop verkauft beispielsweise über 30 verschiedene Zahnpasten. Diese Produktdifferenzierung wird kontinuierlich weiterentwickelt: So hat Colgate-Palmolive laut eigenen Angaben in den letzten zwei Jahren fünf neue Zahnpasten in der Schweiz lanciert. Zudem ist die Zahl der Variationen verschiedener Zahnpasten im Zeitraum zwischen 2004 und 2008 beachtlich angestiegen.

285. Diese Produktdifferenzierung schlägt sich in einer Preisdifferenzierung nieder: Die Preise der Zahnpasten der Billiglinien von Migros und Coop sowie der Eigenmarke von Aldi sind mit rund CHF 0.70 die tiefsten im Markt. Daneben sind im Handel verschiedene Eigenmarken erhältlich; die mit Abstand am meisten verkaufte ist Candida von Migros. Die Normalverkaufspreise für Candida bewegten sich im Jahr 2008 in einer Bandbreite von

CHF 2.90 bis CHF 3.80 während sich jene von Markenprodukten innerhalb einer Bandbreite von CHF 1.95 (Odol Dent 3) und CHF 5.95 (Meridol) befanden. Die Preisbandbreite, innerhalb welcher Zahnpasten angeboten werden, erhöht sich unter Berücksichtigung des Drug-Kanals zusätzlich. Allerdings nimmt die Bandbreite lediglich im oberen Preissegment zu.

286. Um den bestehenden Wettbewerbsdruck im Markt für Zahnpasta weiter zu eruieren, fragte das Sekretariat die Hersteller von Zahnpasta, wie sie den Wettbewerb zwischen den Herstellern von Zahnpasta hinsichtlich Preis, Produktqualität und Produktinnovation beurteilen. Zur Auswahl standen die Antworten „intensiv“, „mittelmässig“, „schwach“ und „nicht vorhanden“. Die Antworten der Zahnpastahersteller sind in der nachfolgenden Tabelle 11 wiedergegeben.

Tabelle 11: Wettbewerb im Markt für Zahnpasta nach Auffassung der Zahnpastahersteller

	Anzahl Nennungen (N=10)			
	intensiv	mittelmässig	schwach	nicht vorhanden
Preiswettbewerb	7	3	0	0
Qualitätswettbewerb	2	5	3	0
Innovationswettbewerb	4	2	3	1

Quelle: Erhebungen des Sekretariats.

287. Der Tabelle 11 ist zu entnehmen, dass sieben von zehn Unternehmen, welche die Frage des Sekretariats beantworteten, den Preiswettbewerb als „intensiv“ beurteilen, deren drei als „mittelmässig“. Der Qualitäts- und Innovationswettbewerb wurde mehrheitlich als „mittelmässig“ bis „intensiv“ qualifiziert. Daraus kann geschlossen werden, dass die Zahnpastahersteller den Wettbewerb im Markt insgesamt als funktionierend betrachten.

Markenwechsel von Konsumenten

288. Laut Gaba ist die Bereitschaft und Fähigkeit der Konsumenten, infolge relativer Preisänderungen auf andere Zahnpastamarken umzusteigen, die wichtigste Quelle für Interbrand-Wettbewerb auf der Einzelhandelsebene. Das ökonomische Parteigutachten versucht anhand zweier Methoden aufzuzeigen, dass dieses Wechselverhalten bei Coop und Migros von grosser Bedeutung ist. Drei Streudiagramme, welche die Menge der verkauften Gaba-Zahnpasten bei Coop bei verschiedenen relativen Preisen von Gaba und anderen Zahnpasten im Zeitraum 2003-2008 darstellen, sowie eine Schätzung von Elastizitäten sollen belegen, dass die Konsumenten von Zahnpasta sehr preissensitiv seien: Bereits kleine Veränderungen der Preise führten zu einem starken Wechseln der Konsumenten zwischen den verschiedenen Zahnpasta-Marken. Aus den Resultaten dieser Analysen schliesst Gaba, dass der Interbrand-Wettbewerb funktioniere. Im Folgenden werden die Streudiagramme (i) sowie die Schätzung der Elastizitäten (ii) präsentiert und kommentiert.

i. Streudiagramme

289. Im Parteigutachten werden drei Streudiagramme präsentiert, welche die Menge der verkauften Gaba-Zahnpasten⁵³ bei Coop bei verschiedenen relativen Preisen von Signal, Odol Dent 3 und Dentagard im Vergleich zu Gaba-Zahnpasten im Zeitraum 2003-2008 darstellen. Dem Parteigutachten zufolge zeigen die Streudiagramme, wie die Änderungen der relativen Preise von Signal, Odol Dent 3 und Dentagard im Vergleich zu Elmex die Verkaufszahlen von Elmex beeinflussen. Würden die Marken Signal, Odol Dent 3 und Dentagard als

⁵³ Diese umfassen Elmex rot, Elmex grün, Elmex Gelée, Elmex Junior, Elmex Kariesschutz Kinder, Elmex mentholfrei, Elmex intensiv und Meridol.

Substitute von Elmex betrachtet, müsse ein positiver Zusammenhang zwischen den relativen Preisen und der verkauften Menge an Gaba-Zahnpasten bestehen. Einzig basierend auf die Streudiagramme zieht das Parteigutachten den Schluss, dass dieser erwartete positive Zusammenhang existiere. Anschliessend wird das Fazit gezogen, die grafische Analyse bestätige die Existenz von Interbrand-Wettbewerb zwischen den untersuchten Marken.

290. An dieser Methode und den daraus gezogenen Schlussfolgerungen ist Folgendes zu kritisieren:

- Von einem rein deskriptiven Streudiagramm darf kein positiver Zusammenhang zweier Grössen abgeleitet werden. Hierzu wäre eine ökonomische Schätzung nötig, welche von Gaba – trotz Verfügbarkeit der hierfür notwendigen Daten – nicht präsentiert wurde.
- Selbst wenn mit einer ökonomischen Schätzung gezeigt werden könnte, dass ein signifikanter positiver Zusammenhang zwischen dem relativen Preis zweier Zahnpasten und der verkauften Menge an Elmex-Zahnpasten bestehen würde, würde dies lediglich die vom Sekretariat vorgenommene Marktabgrenzung untermauern.
- Lediglich das Streudiagramm, welches den relativen Preis von Signal zu Gaba-Zahnpasten gegenüber der verkauften Menge an Gaba-Zahnpasten abträgt (Schaubild 3, Gutachten S. 31), lässt einen positiven Zusammenhang zwischen den beiden Grössen erahnen. In den übrigen Streudiagrammen ist von Auge kein positiver Zusammenhang erkennbar.
- In den Streudiagrammen wird eine selektive Auswahl der verfügbaren Daten dargestellt. Somit geben die Streudiagramme keinen Überblick über den Gesamtmarkt.
- Die Streudiagramme illustrieren lediglich, ob Signal, Odol Dent 3 und Dentagard durch Gaba-Zahnpasten substituiert werden können, nicht aber umgekehrt. Im Parteigutachten wird jedoch gerade mit dem umgekehrten Schluss (Gaba-Zahnpasten können durch Signal etc. substituiert werden) argumentiert. Dieser Umkehrschluss gilt nicht ohne Weiteres.
- Aus der Darstellung der relativen Preise von Signal zu *Gaba-Zahnpasten* insgesamt im Vergleich zu den Verkäufen von Gaba-Zahnpasten lassen sich keine verlässlichen Aussagen über die Substituierbarkeit zwischen *Elmex rot* und Signal und somit über das Ausmass an Interbrand-Wettbewerb machen.

ii. Schätzung von Elastizitäten

291. Im Parteigutachten werden Kreuzpreiselastizitäten⁵⁴ (KPE) zwischen Elmex, Meridol⁵⁵ und Candida basierend auf Verkäufen bei Migros berechnet. Hierzu wird die Nachfrage nach Zahnpasta bei Migros mittels eines Logit-Nachfragesystems in vier unterschiedlichen Modellspezifikationen geschätzt. Die Resultate zeigen, dass

- die Eigenpreiselastizität von Elmex⁵⁶ zwischen [...] und [...] liegt und demzufolge elastisch ist;
- die KPE zwischen Elmex und [...] zwischen [...] und [...] liegt bzw. zwischen [...] und Elmex zwischen [...] und [...].

⁵⁴ Die Kreuzpreiselastizität von Elmex gibt an, um wieviel Prozent die nachgefragte Menge nach Elmex steigt, wenn der Preis von Meridol bzw. Candida um ein Prozent steigt.

⁵⁵ Meridol ist auch eine Marke von Gaba.

⁵⁶ Die Eigenpreiselastizität von Elmex gibt an, um wieviel Prozent die nachgefragte Menge an Elmex sinkt, wenn der Preis für Elmex um ein Prozent steigt.

292. Basierend auf den Schätzresultaten schliesst das Parteigutachten auf eine beträchtliche Interaktion zwischen Elmex und Candida sowie auf Preissensibilität der Konsumenten.

293. An der angewandten Methode und den daraus gezogenen Schlussfolgerungen ist Folgendes zu kritisieren:

- Die vorgenommene Schätzung ist nicht nachvollziehbar, da das geschätzte Modell nicht ausgewiesen wird.
- Nur zwei von vier Modell-Spezifikationen weisen KPE im elastischen Bereich aus. In diesen beiden Fällen wird lediglich die vom Sekretariat vorgenommene Marktabgrenzung untermauert. Die im Parteigutachten ausgewiesenen Resultate zeigen denn auch einzig, dass es zu Elmex nähere (Candida) und weiter entfernte ([...]) Substitute gibt. Dies ist in einem Markt mit differenzierten Gütern üblicherweise der Fall.
- Schliesslich wurden nur KPE für Elmex, Meridol und Candida bei einem einzigen Lebensmittel-Detailhändler berechnet. Daraus lassen sich keine Aussagen über die übrigen Marken ableiten und insbesondere nicht über das Ausmass an Interbrand-Wettbewerb auf dem gesamten Markt für Zahnpasta.

Auswirkung der Verfügbarkeit von Elmex rot bei Denner auf den Interbrand-Wettbewerb

294. Laut Gaba hätte die Belieferung von Denner mit Elmex keine Auswirkungen auf den Schweizer Markt für Zahnpasta: Selbst wenn Denner geplant hätte, Elmex rot dauerhaft in der Schweiz anzubieten, würden 20'000 Tuben Elmex rot pro Monat weniger als 1% des Marktes entsprechen. Wie oben bereits ausführlich dargelegt wurde, hätte eine (frühere) Belieferung von Denner mit Elmex entgegen dem Vorbringen von Gaba über den Intra-brand-Wettbewerb durchaus Wirkungen auf den Markt gezeitigt (vgl. Rz. 248).

Schlussfolgerung

295. Die Produzentenseite im Schweizer Markt für Zahnpasta ist konzentriert und weist eine oligopolistische Struktur auf. Die vier grössten Zahnpastahersteller vereinen einen gemeinsamen Marktanteil von über 90% auf sich. Trotz dieser hohen Konzentration spielt der aktuelle Wettbewerb in genügendem Ausmass. Ausdruck hiervon sind die rege Aktionstätigkeit und die weitgehende Produkt- und Preisdifferenzierung.

296. Aufgrund des genügenden aktuellen Wettbewerbs kann auf eine Prüfung des potenziellen Wettbewerbs verzichtet werden.

B.3.3.3.2. Fazit

297. Auf dem Schweizer Markt für Zahnpasta herrscht ein gewisser Interbrand-Wettbewerb.

B.3.3.4. Zwischenergebnis

298. Vor dem 1. September 2006 lag eine vertraglich vereinbarte vertikale Gebietsabrede nach Massgabe von Art. 5 Abs. 4 KG vor.

299. In casu besteht ausgehend von den Parallelimporten von Spar und den Aktionstätigkeiten der Detailhändler zwar ein gewisser Intra-brand-Wettbewerb um Elmex rot. Dieser ist jedoch als gering einzustufen. Deshalb vermag der bestehende Intra-brand-Wettbewerb allein die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs gemäss Art. 5 Abs. 4 KG nicht zu widerlegen.

300. Auf dem Schweizer Markt für Zahnpasta gibt es jedoch auch Interbrand-Wettbewerb. Ausgehend von einer Gesamtbetrachtung der Wettbewerbsverhältnisse ergibt sich, dass die

Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs durch die Kombination des vorhandenen Intra-brand- und Inter-brand-Wettbewerbs umgestossen werden kann.

B.3.4. Erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung

301. Wenn die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs widerlegt werden kann, stellt sich die Frage, ob die Abrede, die einen absoluten Gebietsschutz konstituiert, zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG führt.

302. Bei der damit verbundenen Prüfung werden kumulativ sowohl qualitative wie auch quantitative Kriterien berücksichtigt. Die Abwägung dieser beiden Kriterien erfolgt in der Regel einzelfallweise in einer Gesamtbeurteilung.⁵⁷

303. Gegebenenfalls ist dann in einem weiteren Schritt zu prüfen, ob solche Abreden zu rechtfertigen sind. Ein Rechtfertigungsgrund liegt vor, wenn eine Abrede die wirtschaftliche Effizienz im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG erhöht – beispielsweise durch eine effizientere Vertriebsgestaltung im Sinne einer Verbesserung der Produkte oder Produktionsverfahren oder einer Senkung der Vertriebskosten – und die Wettbewerbsbeeinträchtigung dazu notwendig ist.

Qualitatives Element

304. Im Fall „Volkswagen Vertriebssystem“ hat die WEKO festgehalten, 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.⁵⁸ Im Fall „Système de distribution Citroën“ hat die WEKO verschiedene Elemente eines Vertriebssystems, die in ihrem Zusammenwirken eine Beschränkung von Passivverkäufen bezweckten, als vertikale Gebietsabsprache und damit als erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung qualifiziert.⁵⁹ Dies entsprach auch Ziff. 3.b der damals geltenden (alten) Vertikalbekanntmachung 2002.

305. In ihrer jüngsten Praxis hat die WEKO festgehalten, dass die vertikale Festsetzung von Mindest- oder Fixpreisen und geografische Marktaufteilungen mit absolutem Gebietsschutz im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG vom Gesetzgeber als besonders schädlich erachtet wurden und deshalb das qualitative Element der Erheblichkeit einer Wettbewerbsbeschränkung ihrem Wesen nach erfüllen.⁶⁰

306. Eine geografische Marktaufteilung mit absolutem Gebietsschutz bestand zwischen Gaba und Gebro zumindest bis zum 1. September 2006. Die entsprechende Klausel im Lizenzvertrag lautete wie folgt:

„GABI [GABA International AG] verpflichtet sich, die Ausfuhr der Vertragsprodukte [Elmex Zahnpaste, Elmex Gelée, Elmex Fluid und Aronal forte Zahnpaste] nach Oesterreich mit allen ihr zu Gebote stehenden Mitteln zu verhindern und auch selbst weder direkt noch indirekt in Oesterreich zu vertreiben. Gebro verpflichtet sich ihrerseits, die Vertragsprodukte ausschliesslich in dem ihr vertraglich zustehenden Gebiet [Österreich] herzustellen und zu vertreiben und weder direkt noch indirekt Exporte in andere Länder vorzunehmen.“

⁵⁷ R. DÄHLER/P. KRAUSKOPF/M. STREBEL, in: T. Geiser/P. Krauskopf/P. Münch, Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Basel/Genf/München 2005, Rz. 8.47.

⁵⁸ RPW 2000/2, Volkswagen Vertriebssystem, S. 209, Rz. 50.

⁵⁹ RPW 2002/3, Système de distribution Citroën, S. 460 f.

⁶⁰ RPW 2009/2, Sécateurs et cisailles, S. 153, Rz. 75.

307. Die Bestimmung teilt dem Lizenznehmer Gebro Österreich als Vertragsgebiet zu und verbietet ihm, direkte oder indirekte Exporte in Gebiete ausserhalb Österreichs vorzunehmen. Damit lag zwischen Gaba und Gebro bis zum 1. September 2006 eine vertraglich vereinbarte vertikale Marktaufteilung mit absolutem Gebietsschutz im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG vor (vgl. Rz. 168). Somit ist das qualitative Element der Erheblichkeit einer Wettbewerbsbeschränkung vorliegend gegeben.

Quantitatives Element

308. Hinsichtlich dem quantitativen Element zur Prüfung der Erheblichkeit im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG hielt die WEKO im Fall *Sécateurs et cisailles* Folgendes fest: "...*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...*"⁶¹

309. Vor der Prüfung des quantitativen Elements ist auf die Besonderheit der Auswirkungen einer absoluten Gebietsschutzabrede hinzuweisen: Im Gegensatz zu einer Preisbindung zweiter Hand verpflichtet eine absolute Gebietsschutzabrede die daran beteiligten Unternehmen nicht zur Vornahme, sondern typischerweise zur Unterlassung einer Handlung. Einem verpflichteten Unternehmen wird durch die Abrede vorgeschrieben, Exporte in ein gebietsfremdes Gebiet zu unterlassen. Die Konsequenz einer funktionierenden absoluten Gebietsschutzabrede liegt deshalb darin, dass keine feststellbaren Handlungen in der Form von Parallelimporten nachgewiesen werden können. Sinn und Zweck einer absoluten Gebietsschutzabrede liegt gerade darin, dass keine Parallelexporte vorgenommen werden. Feststellbare Auswirkungen können sich hingegen in einer Beeinträchtigung des Wettbewerbs bspw. durch ein höheres Preisniveau oder mangelnden Intra-brand Wettbewerb zeigen.

310. Da bei einer funktionierenden absoluten Gebietsschutzabrede keine Handlungen auf dem relevanten Produktmarkt nachgewiesen werden können, ist auf die potenziellen Auswirkungen abzustellen, die durch Parallelimporte zu erwarten sind. Diese prüft die WEKO in einer Gesamtbetrachtung anhand bestimmter Kriterien, welche sich aus dem jeweiligen Einzelfall ergeben. Bei der vorliegenden absoluten Gebietsschutzabrede handelt es sich aufgrund der folgenden vier Elemente um eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung:

- **Marktstellung von Elmex rot:** Wie in den Rz. 188 ff. hievor ausführlich dargelegt wurde, ist es Gaba gelungen, Elmex durch Werbung ein medizinisches Image zu geben und somit eine erfolgreiche Produktdifferenzierungsstrategie zu betreiben. Überdies ist Elmex die von Zahnärzten meistempfohlene Zahnpasta. Daher handelt es sich bei Elmex rot um ein wohlbekanntes Produkt, welches im Markt stark positioniert ist.
- **Marktanteile:** Die Marktanteile von Elmex rot allein betragen [10-20]% (mengenbasiert) resp. [10-20]% (umsatzbasiert) und die Marktanteile von Gaba betragen [20-30]% (mengenbasiert) resp. [40-50]% (umsatzbasiert) (vgl. Rz. 259, Tabelle 8). Diese Marktanteile sind als beträchtlich einzustufen, unabhängig davon, ob auf das Produkt Elmex rot oder das Unternehmen Gaba abgestellt wird. Wenn ein Unternehmen mit solchen Marktanteilen eine absolute Gebietsschutzabrede vereinbart, ist davon auszugehen, dass der Wettbewerb dadurch erheblich beeinträchtigt wird.
- **Preisgefälle zwischen der Schweiz und Österreich:** Der durchschnittliche Einstandspreis von Elmex rot in der Schweiz war nach Angaben von Gaba in den Jahren 2005/2006 [signifikant] höher als in Österreich (vgl. Rz. 210 f.). Bei den Endverkaufspreisen liegen für einen Vergleich mit Österreich lediglich die Preisbandbreiten im Food-Kanal vor. Laut Gaba bewegten sich die Endverkaufspreise von Elmex

⁶¹ RPW 2009/2, *Sécateurs et cisailles*, S. 153, Rz. 75.

rot im Jahr 2009 in der Schweiz zwischen CHF 4.40 und CHF 4.90 und jene in Österreich zwischen CHF 3.57 und CHF 4.43 (Wechselkurs: 1.567). Somit beläuft sich das Preisdifferenzial zwischen der Schweiz und Österreich für den tiefsten bzw. höchsten Endverkaufspreis auf 23% bzw. 11%. Das geringere Preisdifferenzial bei den Endverkaufspreisen im Vergleich zu den Einstandspreisen ist dadurch zu erklären, dass es sich bei den Einstandspreisen um Durchschnittswerte handelt und bei den Endverkaufspreisen um Bandbreiten. Es ist davon auszugehen, dass Elmex rot in der Schweiz im Gegensatz zu Österreich vor allem im oberen Bereich der angegebenen Bandbreite verkauft wurde. Dies gilt insbesondere vor Mai 2009, als Coop die Tube Elmex mit CHF 4.90 noch zum selben Normalverkaufspreis wie die Migros anbot (vgl. Rz. 237) und angesichts der Tatsache, dass über Migros und Coop [>70]% aller über den Food-Kanal abgesetzten Zahnpasten Elmex rot verkauft wurden (vgl. Rz. 229). Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass das Preisdifferenzial sowohl hinsichtlich der Einstandspreise wie auch der Endverkaufspreise beträchtlich ist.

- **Feststellbarer Effekt im relevanten Markt:** Nachdem Denner im März 2009 mit Elmex rot beliefert wurde und einen tieferen Endverkaufspreis als Migros und Coop festlegte, senkte Coop den Preis für Elmex rot um rund 10% (vgl. Rz. 20). Dieser Preisrutsch belegt, dass die von Denner abgesetzte Menge einen Effekt auf den Intra-Brand-Preiswettbewerb hatte. Zu präzisieren ist, dass die von Denner in der Schweiz verkauften Tuben Elmex rot abgesehen von einem punktuellen Parallelimport im September 2009 aus der Produktion von Gaba und nicht aus einem Parallelimport stammen. Dennoch legt die Reaktion von Coop nahe, dass nachhaltige Parallelimporte in die Schweiz preissenkende Wirkungen gehabt hätten.

311. Gebro bestreitet einen feststellbaren Effekt im relevanten Markt, selbst wenn alle für den Export verfügbaren Vertragsprodukte aus der Produktion von Gebro in die Schweiz gelangt wären. Hierzu ist festzuhalten, dass sich dieses Parteivorbringen nicht mit der Aussage von Gebro an der Zeugeneinvernahme deckt, wonach Gebro an einer Belieferung von 20'000 Tuben Elmex rot (pro Monat) an Denner interessiert gewesen sei und dieser Lieferung auch nachgekommen wäre. Wird also von einer jährlichen Menge von 240'000 Tuben Elmex rot ausgegangen, was ungefähr der von Denner nun effektiv bezogenen Menge von Gaba entspricht (vgl. Fn. 48), so hätte dies einen erheblichen Einfluss auf den Wettbewerb gehabt.

312. Die Parteien sind der Ansicht, dass in casu keine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung vorliegt und bringen ganz allgemein vor, dass die absolute Gebietsschutzklausel nicht der Vertragswirklichkeit entsprach bzw. weder durchgesetzt noch eingehalten wurde. Dies zeige sich insbesondere am Umstand, dass Spar seit 2003 Vertragsprodukte aus der Produktion von Gebro indirekt parallel in die Schweiz importiere.

313. Dem ist entgegen zu halten, dass Spar als Spezialfall nicht berücksichtigt werden kann (vgl. Rz. 107). Zudem wird auf die Ausführungen in Rz. 109 ff. verwiesen. Im Übrigen haben die Parteien ihre Behauptungen nicht weiter substantiiert (vgl. Rz. 90), sodass die behauptete tatsächliche Nichtanwendung der absoluten Gebietsschutzklausel nicht erstellt ist.

314. Gegen das Vorliegen einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung bringt Gaba zudem Folgendes vor:

- **Kriterien zum Nachweis der Erheblichkeit:** Um das Vorliegen einer erheblichen Wettbewerbsbeschränkung bejahen zu können, müsste kumulativ nachgewiesen werden, dass (i) der Intra-Brand-Wettbewerb nicht wirksam ist, (ii) die mutmassliche Vereinbarung eine Beschränkung des Intra-Brand-Wettbewerbs verursacht hat (Kausalität) und (iii) der Inter-Brand-Wettbewerb nicht wirksam ist.
- **De minimis Auswirkung:** Selbst wenn Denner geplant hätte, Elmex rot kontinuierlich ins Sortiment aufzunehmen, hätten 20'000 Tuben pro Monat lediglich weniger als 1% des

relevanten Marktes entsprochen. Zudem hätte eine allfällige tiefere Preispolitik von Denner im untersuchungsrelevanten Zeitraum keine Auswirkungen auf die Preispolitik der übrigen Marktteilnehmer, insbesondere von Coop, gehabt. Coop habe eine Preispolitik verfolgt, die bezüglich Markenprodukten derjenigen von Migros entsprochen habe. Erst aufgrund der Übernahme von Denner durch die Migros habe Coop Anfang 2009 ihre Preispolitik geändert und das Preisniveau von ungefähr 600 Markenartikeln auf jenes von Denner gesenkt. Gaba belegt dieses Vorbringen mit einem Parteigutachten von RBB Economics.

315. Hiergegen ist Folgendes einzuwenden:

- Kriterien zum Nachweis der Erheblichkeit: Wären die von Gaba geltend gemachten Kriterien kumulativ erfüllt, könnte die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs nicht widerlegt werden. Es handelt sich somit um Kriterien für den Nachweis einer Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs. Für die Qualifikation als eine den wirksamen Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abrede ist die Hürde indes tiefer. Oben wird dargelegt, weshalb es sich beim vorliegenden absoluten Gebietsschutz um eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung handelt.
- De minimis Auswirkung: Betreffend die Vorbringen zu den Auswirkungen der Verfügbarkeit von Elmex rot bei Denner auf den Wettbewerb wird auf Rz. 247 ff. und Rz. 294 verwiesen. Ferner ist festzuhalten, dass Coop den Preis für Elmex rot nicht bereits Anfang 2009 im Rahmen der breiten Preisreduktion auf Markenartikeln senkte, sondern erst im Mai 2009 nachdem Denner Elmex rot im März 2009 ins Sortiment aufgenommen hatte. Im Übrigen sind die Hintergründe der Preissenkung von Elmex rot bei Coop nicht bekannt. Fakt ist, dass die Aufnahme von Elmex rot im Sortiment von Denner einen Preisrutsch im Markt ausgelöst hat.

316. Gebro bemängelt, dass das „genügende“ bzw. „ausreichende“ Mass an Wettbewerb nicht definiert werde. Einen Anhaltspunkt dafür, was ein „ungenügender“ bzw. „genügender Preiswettbewerb sein könnte, biete der Entscheid der WEKO i.S. „Markt für Schlachtschweine – Teil B“ (RPW 2004/3, S. 726 ff.). Die WEKO habe in jenem Fall von einem „homogenen Preisniveau“ und einem „engen Preisband“ bei Preisunterschieden von maximal 2-3% gesprochen (RPW 2004/3, S. 739, Rz. 41). Im vorliegenden Fall seien die Preisunterschiede viel grösser. Dem ist entgegen zu halten, dass die Definition des „genügenden“ bzw. „ausreichenden“ Masses an Wettbewerb im Ermessen der WEKO liegt und im Einzelfall zu beurteilen ist. Darüber hinaus wurde bei der Beurteilung der Erheblichkeit in der Untersuchung „Markt für Schlachtschweine – Teil B“ nicht auf Preisdifferenzen abgestellt (vgl. RPW 2004/3, S. 750, Rz. 72 f.).

317. Aufgrund der vorstehenden Erwägungen kommt die WEKO zum Schluss, dass im vorliegenden Fall sowohl die qualitativen als auch die quantitativen Kriterien kumulativ erfüllt sind und die absolute Gebietsschutzabrede zwischen Gaba und Gebro nach Massgabe von Art. 5 Abs. 1 KG zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs führte.

B.3.5. Rechtfertigungsgründe

318. Liegt eine den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abrede vor, ist zu prüfen, ob diese gemäss Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt ist. Laut Art. 5 Abs. 2 KG sind Wettbewerbsabreden durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie:

- a. notwendig sind, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen; und

- b. den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.

319. Im Falle einer absoluten Gebietsschutzabrede gilt es im Einzelfall zu prüfen, ob ein Rechtfertigungsgrund vorliegt (Ziff. 15 Abs. 2 VertBek). Ein möglicher Rechtfertigungsgrund für einen temporären absoluten Gebietsschutz könnte ein zeitlich begrenzter Schutz von Investitionen für die Erschließung neuer räumlicher Märkte oder neuer Produktmärkte darstellen (Ziff. 15 Abs. 4 lit. a VertBek).⁶² Es handelt sich hierbei um einen Sonderfall eines Trittbrettfahrerverhaltens von Vertriebshändlern.⁶³

320. Laut den Parteien kann die angebliche Wettbewerbsbeschränkung in Form eines absoluten Gebietsschutzes, selbst wenn sie den wirksamen Wettbewerb erheblich beeinträchtigen würde, durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt werden. Gaba macht im Wesentlichen folgende Rechtfertigungsgründe geltend:

- **Markenimage:** Eine Belieferung von Denner hätte das Risiko einer deutlichen Schwächung des Markenimages von Elmex zur Folge gehabt.
- **Fehlende wirtschaftstheoretische Fundierung:** In der Wirtschaftstheorie gäbe es keine Bestätigung für die Annahme, dass die Lieferverweigerung eines bestimmten Händlers dem Wettbewerb schade. Diese Ansicht treffe erst recht zu, wenn der Hersteller – wie in casu – über keine Marktmacht verfügen würde.
- **Fehlender Kausalzusammenhang:** Es gäbe keinen Kausalzusammenhang zwischen der relativen Seltenheit von Parallelimporten und den Lizenzverträgen zwischen Gaba und Gebro. So fehle der Nachweis, inwiefern das Verhalten von Gaba für den Verzicht auf Parallelimporte durch die Schweizer Detailhändler hätte ursächlich sein können. Zudem bestünden in Österreich und der Schweiz divergierende Rechtsvorschriften für Zahnpasta. Ein Parallelimport von Zahnpasta mit Warnhinweisen – wie sie beispielsweise auf Elmex rot enthalten seien – sei nur unter Verletzung der Schweizer Gesetzgebung möglich.
- **Konformität mit EU-Recht:** Die Verträge zwischen Gaba und Gebro seien EU-rechtskonform, denn Aktiv- und Passivverkaufsverbote zugunsten des Lizenzgebers (Art. 4 Abs. 2 lit. b Ziff. i TT-GVO) wären vom Kartellverbot nach Art. 81 Abs. 1 EGV freigestellt.
- **Gegenseitiger Schutz von Investitionen und Know-how:** Die Lizenzverträge mit Gebro würden Gaba einen effizienten und vereinfachten Zugang zum Markt in Österreich über das Vertriebsnetz von Gebro erlauben. Erst die Lizenzverträge würden Gaba ermöglichen, das spezifische Know-how von Gebro in Österreich zu nutzen. Dadurch seien die Vertriebskosten für Elmex rot gesenkt, die Produktion effizient organisiert und technisches Know-how verbreitet worden. Ohne einen minimalen Gebietsschutz wären die Parteien im Jahre 1982 nicht zum Abschluss des alten Lizenzvertrages bereit gewesen, wobei ab 2003 das passive Verkaufsverbot von den Parteien explizit aufgegeben und Spar der Import von Elmex rot ermöglicht worden sei. Diese gelebte Vertragswirklichkeit habe 2006 in den neuen Lizenzvertrag Eingang gefunden.

⁶² Vgl. EuGH vom 30. Juni 1966 i.S. Maschinenbau Ulm, Slg. 1966, S. 282; EuGH vom 9. Juli 1969 i.S. Voelck / Verweacke, Slg. 1969, S. 295.

⁶³ Vgl. Mitteilung der EU-Kommission: Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABI. 2000 C 291/1, Rz. 116(2), MOTTA (Fn. 36), S. 313 ff.; L. TELSER, Why Should Manufacturers Want Fair Trade?, Journal of Law and Economics, 1960, Vol. 3, S. 86-105; B. KLEIN, K. MURPHY, Vertical Restraints as Contract Enforcement Mechanisms, Journal of Law and Economics, 1988, Vol. 31(2), S. 265-297.

321. Die Rechtfertigungsgründe sind aus folgenden Gründen nicht stichhaltig:

- **Markenimage:** Eine Schwächung des Images einer Marke vermag einen absoluten Gebietsschutz mangels Notwendigkeit im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG nicht zu rechtfertigen. Das Argument steht zudem im Widerspruch zur Tatsache, dass Denner heute beliefert wird – offenbar ohne der Marke Elmex abträglich zu sein.
- **Fehlende wirtschaftstheoretische Fundierung:** Die empirische Evidenz zeigt, dass sich der Intra-brand-Preiswettbewerb seit der Belieferung von Denner mit Elmex rot im März 2009 erhöht hat (vgl. Rz. 237, 248).
- **Fehlender Kausalzusammenhang:** Ein fehlender Kausalzusammenhang zwischen der relativen Seltenheit von Parallelimporten und dem Lizenzvertrag zwischen Gaba und Gebro ist kein potenzieller Rechtfertigungsgrund nach Art. 5 Abs. 2 KG. Hinsichtlich dem Vorbringen betreffend den Verzicht auf Parallelimporte durch die Schweizer Detailhändler ist dennoch darauf hinzuweisen, dass Denner nachgewiesenermassen sehr wohl ein Interesse an Parallelimporten von Elmex rot hatte. Es ist darüber hinaus nicht auszuschliessen, dass die übrigen Schweizer Detailhändler deshalb keinen Versuch unternahmen, Parallelimporte von Elmex rot zu tätigen, weil sie den damit verbundenen Aufwand in einem Marktumfeld mit mangelndem Intra-brand-Wettbewerb (vgl. Abschnitt B.3.3.2.4.) gescheut haben. Hinsichtlich dem Vorbringen zu divergierenden Rechtsvorschriften in Österreich und der Schweiz wird auf die Ausführungen in Rz. 115 ff. verwiesen.
- **Konformität mit EU-Recht:** Betreffend die Vorbringen zur TT-GVO wird auf Abschnitt B.3.2.1.3. verwiesen.
- **Gegenseitiger Schutz von Investitionen und Know-how:** Ein temporärer absoluter Gebietsschutz kann geeignet sein, um Investitionen für die Erschliessung neuer räumlicher Märkte oder neuer Produktmärkte zeitlich begrenzt zu schützen (Ziff. 15 Abs. 4 lit. a VertBek). Will ein Hersteller in einen neuen räumlichen Markt eintreten, also beispielsweise seine Produkte zum ersten Mal in ein anderes Land ausführen, muss der Vertragspartner unter Umständen besondere Anlaufinvestitionen tätigen, um die betreffende Marke in dem Markt zu etablieren. Um den Vertragspartner (Gebro) vor Ort von diesen Investitionen zu überzeugen, muss ihm der Hersteller (Gaba) gegebenenfalls einen Gebietsschutz gewähren, damit die Investitionen durch vorübergehend höhere Preise wieder hereingeholt werden können. Im vorliegenden Fall ging es um die Erschliessung des österreichischen Marktes durch den Schweizer Hersteller Gaba. Es ist nicht ersichtlich, weshalb Gaba für das Gebiet Schweiz einen solchen Schutz benötigt hätte. Im Übrigen vermag ein absoluter Gebietsschutz Investitionen für die Erschliessung neuer Märkte nur zeitlich begrenzt zu rechtfertigen. Bei einem absoluten Gebietsschutz, der während rund 25 Jahren in Kraft war, kann von Kurzfristigkeit keine Rede sein.

322. Gemäss Gebro ist die angebliche absolute Gebietsschutzabrede im Wesentlichen durch folgende Gründe zu rechtfertigen:

- **Kapazitätsengpässe:** Wenn Gebro Lieferantenanfragen abgewiesen haben sollte, habe dies an personellen, maschinenspezifischen und lagertechnischen Kapazitätsengpässen gelegen.
- **Gesetzliche Vorschriften:** Eine Verweigerung von Lieferungen ins Ausland könne mit dem Risiko divergierender gesetzlicher Vorschriften und den damit verbundenen straf- und zivilrechtlichen Konsequenzen gerechtfertigt werden. Dies gelte infolge der unklaren Rechtslage selbst dann, wenn die Inhaltsstoff- und Kennzeichnungsvorschriften in Österreich und der Schweiz effektiv gleichwertig sein sollten.

- Effiziente Produktionsplanung: Eine seriöse Produktionsplanung zur Gewährleistung einer langfristigen Lieferbarkeit setze einen klaren Rahmen voraus, insbesondere einen Liefervertrag mit Regelung der Mengen, Konditionen, Lieferzeiten, Packungsformen und Deklaration. Nur so sei die wirtschaftliche Nachhaltigkeit der produktionsspezifischen Investitionen und der vertriebsbezogenen Dispositionen von Gebro gewährleistet, und nur so könne Gebro letztlich auch die Produktions- und Vertriebskosten tief halten. Dieser erforderliche klare Rahmen habe es im vorliegenden Fall nicht gegeben. Denner habe Gebro nie direkt kontaktiert, sondern habe ihre Parallelimportabsichten vielmehr verschleiert.
- Effizientes Marketing: Parallellieferungen von Vertragsprodukten von Österreich in die Schweiz würden im vorliegenden Fall zu einer Fehlallokation von Marketingressourcen und zu einem Trittbrettfahrerproblem führen. Zum einen erweise sich die marketingmäßige Bearbeitung des österreichischen Markts, zu der Gebro durch den Vertriebsvertrag mit Gaba verpflichtet sei, im Umfang der Parallellieferungen in die Schweiz als überflüssig bzw. übermässig. Zum anderen würden die schweizerischen Parallelimporteure als Trittbrettfahrer von Marketingaufwendungen profitieren, die Gaba im schweizerischen Markt tätige, ohne dass Gaba dafür eine Gegenleistung erhalte. Beides mindere den Anreiz von Gebro bzw. Gaba zur Tätigkeit von Marketinganstrengungen in Österreich bzw. der Schweiz und führe im jeweiligen Gebiet letztlich zu ineffizient tiefen Verkaufsförderungsmassnahmen. Der Vertriebsvertrag zwischen Gaba und Gebro sehe denn auch einen Kompensationsmechanismus vor, mit dem dieses Trittbrettfahrerproblem bei Parallellieferungen nach Österreich behoben werde solle.

323. Auch diese Vorbringen vermögen den absoluten Gebietsschutz nicht zu rechtfertigen:

- Kapazitätsengpässe: Die von Gebro geltend gemachten Kapazitätsengpässe waren – wenn überhaupt – lediglich kurzfristiger Natur. So hat ein Vertreter von Gebro anlässlich der Anhörung vom 8. Juni 2009 vor der WEKO zu Protokoll gegeben, dass Gebro einen Auftrag zur Lieferung von 20'000 Tuben Zahnpasta angenommen und – infolge von Kapazitätsengpässen zwar nicht sofort, aber – zu einem späteren Zeitpunkt geliefert hätte. Somit ist eine Abweisung von Lieferantenanfragen in casu nicht mit kontinuierlichen Kapazitätsengpässen begründbar.
- Gesetzliche Vorschriften: Wie in Rz. 115 ff. dargelegt, stellen gesetzliche Vorschriften im vorliegenden Fall kein wirksames Importhindernis in die Schweiz dar. Dass gesetzliche Bestimmungen infolge einer unklaren Rechtslage Gebro davon abgehalten haben sollen, in die Schweiz zu liefern, erscheint angesichts des Umstandes, dass [...] Elmex-Zahnpasta seit mehreren Jahren aus der Produktion von Gebro im Wissen von Gebro in die Schweiz liefert, unplausibel. Hervorzuheben bleibt, dass Spar die Zahnpasta in der Schweiz ohne Umetikettierung verkauft.
- Effiziente Produktionsplanung: Eine effiziente Produktionsplanung richtet sich nach der erwarteten Nachfrage, zu der auch Parallelimporte gehören können. Somit stehen kontinuierliche Parallelexporte einer effizienten Produktionsplanung nicht im Weg. Folglich vermag eine effiziente Produktionsplanung einen absoluten Gebietsschutz nicht zu rechtfertigen.
- Effizientes Marketing: Selbst wenn das geltend gemachte Trittbrettfahrerproblem in casu vorliegen würde, wäre eine harte Kartellabrede in Form eines absoluten Gebietsschutzes nicht das mildeste Mittel, um dieses Problem zu beheben. Die Parteien haben zu diesem Zweck für die Periode nach dem 1. September 2006 denn auch ein milderer Mittel in Form von Kompensationszahlungen gewählt, welches an dieser Stelle nicht kartellrechtlich gewürdigt wird. Somit fehlt es bereits an der Notwendigkeit im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG. [...].

324. Nebst den von den Parteien vorgebrachten – und wie dargelegt – nicht stichhaltigen Argumenten sind keine weiteren Rechtfertigungsgründe nach Art. 5 Abs. 2 lit. a KG ersichtlich. Die Gebietsschutzabrede zwischen Gaba und Gebro kann nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden.

B.3.6. Ergebnis

325. Die WEKO kommt gestützt auf die vorstehenden Erwägungen zu folgendem Ergebnis:

- Vor dem 1. September 2006 lag eine vertraglich vereinbarte vertikale Gebietsabrede nach Massgabe von Art. 5 Abs. 4 KG vor.
- Die gesetzlich statuierte Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs kann durch die Kombination des vorhandenen Intra- und Interbrand-Wettbewerbs umgestossen werden.
- Die absolute Gebietsschutzabrede beeinträchtigt den Wettbewerb i.S.v. Art. 5 Abs. 1 KG erheblich.
- Gründe der wirtschaftlichen Effizienz nach Art. 5 Abs. 2 KG liegen nicht vor.

Es handelt sich somit um eine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 KG, welche nach Art. 49a Abs. 1 KG sanktionierbar ist.

B.4. Sanktionierung

B.4.1. Allgemeine Ausführungen

B.4.1.1. Einleitung

326. Aufgrund ihrer ratio legis sollen die in Art. 49a KG vorgesehenen direkten Sanktionen die wirksame Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften sicherstellen und mittels ihrer Präventivwirkung Wettbewerbsverstösse verhindern. Direktsanktionen können nur mit einer Endverfügung verhängt werden, welche die Unzulässigkeit der fraglichen Wettbewerbsbeschränkung feststellt.⁶⁴

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

B.4.1.2. Tatbestandsmerkmale von Art. 49a Abs. 1 KG

B.4.1.2.1. Unternehmen

328. Die Wettbewerbsbeschränkungen, auf die Art. 49a Abs. 1 KG Bezug nimmt, müssen von einem Unternehmen begangen werden. Für den Unternehmensbegriff wird dabei auf

⁶⁴ Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7.11.2001 (Botschaft KG 2003), BBl 2002, S. 2033 ff.

Art. 2 Abs. 1 und 1^{bis} KG abgestellt⁶⁵. Gaba und Gebro sind als solche Unternehmen i.S. des Kartellgesetzes zu qualifizieren⁶⁶.

B.4.1.2.2. Unzulässige Verhaltensweise

329. Art. 49a Abs. 1 KG sieht entsprechend der verfassungsrechtlichen Ausgangslage in erster Linie Massnahmen gegen harte Kartelle im Sinne horizontaler oder vertikaler Absprachen gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG vor. Es handelt sich dabei um Wettbewerbsverstösse, welche sich für Konsumenten, Unternehmen und die Gesamtwirtschaft besonders schädlich auswirken und aus diesem Grund bereits mit der gesetzlich vermuteten Beseitigung wirksamen Wettbewerbs eine Sonderbehandlung erfahren⁶⁷. Gemäss Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 bzw. 4 KG beteiligt ist oder sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, mit einer Sanktion belastet. Im Zusammenhang mit dem ersten in Art. 49a Abs. 1 KG erwähnten Tatbestand – der Beteiligung an Abreden – sind für die Sanktionierung zwei Voraussetzungen zu erfüllen⁶⁸: (1) Die Beteiligung an einer Abrede über Preise, Mengen oder die Aufteilung von Märkten nach Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG und (2) die Unzulässigkeit dieser Abrede.

330. Wie in den Rz. 100 ff. eingehend dargelegt wurde, lag zwischen Gaba und Gebro vor dem 1. September 2006 eine vertraglich vereinbarte und faktisch umgesetzte unzulässige vertikale Gebietsabrede nach Massgabe von Art. 5 Abs. 4 KG vor. Damit sind die Voraussetzungen gemäss Art. 49a Abs. 1 KG erfüllt.

331. Die Parteien bestreiten, dass im untersuchungsrelevanten Zeitraum eine unzulässige Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG bestand. Gaba habe keine Wettbewerbsabrede getroffen, die den wirksamen Wettbewerb beseitigt hätte. Selbst wenn eine solche Wettbewerbsabrede vorläge, könnte die Vermutung widerlegt werden, womit Gaba keine Sanktion auferlegt werden könne. Eine Sanktionierung nach Art. 49a KG setze eine Wettbewerbsabrede voraus, die den wirksamen Wettbewerb tatsächlich beseitige.

332. Zur Frage des Vorliegens einer unzulässigen Abrede sei auf die vorstehenden Erwägungen verwiesen (vgl. Rz. 301 ff.). Bezüglich der Sanktionierbarkeit von Wettbewerbsabreden nach Art. 5 Abs. 3 KG und Art. 5 Abs. 4 KG im Falle der Umstossung der gesetzlichen Vermutung ist zu präzisieren, dass in Übereinstimmung mit der aktuellen Praxis der WEKO für die Sanktionierbarkeit einer Wettbewerbsabrede zwei Voraussetzungen erfüllt sein müssen: (1) Es muss sich um eine in den Art. 5 Abs. 3 KG oder Art. 5 Abs. 4 KG beschriebene Wettbewerbsabrede handeln und (2) eine solche Abrede muss unzulässig sein. Da Art. 49a Abs. 1 KG keine Präzisierung enthält, dass sich die Unzulässigkeit aus dem Grad der Beeinträchtigung ergibt, ist die Sanktionierbarkeit einer Wettbewerbsabrede unabhängig davon gegeben, ob Wettbewerb beseitigt oder „nur“ erheblich beeinträchtigt wird.⁶⁹ Zudem ergibt sich aus dem Gesetzeswortlaut und der Entstehungsgeschichte, dass das Umstossen der Gesetzesvermutung gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG nicht für die Sanktionsbefreiung genügt.⁷⁰ Dafür muss eine Wettbewerbsabrede überdies kartellrechtlich zulässig sein, also

⁶⁵ Vgl. anstelle vieler J. BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, 2. Aufl., Zürich 2005, Art. 49a N 6, und P. DUCREY, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (Hrsg.), Zürich 1997, Art. 50 N 8.

⁶⁶ Vgl. oben Rz. 75 ff.

⁶⁷ Vgl. dazu Botschaft KG 2003 (Fn. 53), S. 2036 f.

⁶⁸ Vgl. R. ZÄCH, Die sanktionsbedrohten Verhaltensweisen nach Art. 49a Abs. 1 KG, in: Stoffel/Zäch (Hrsg.), Zürich/Basel/Genf 2004, S. 34.

⁶⁹ Vgl. RPW 2009/2, *Sécateurs et cisailles*, S. 155, Rz. 86.

⁷⁰ Vgl. Botschaft KG 2003, S. 2037.

entweder keine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung herbeiführen oder sich durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen.⁷¹ Da vorliegend zwar die Gesetzesvermutung umgestossen werden kann, die in Frage stehende Gebietsschutzabrede sich indes nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lässt, ist die in Frage stehende Gebietsschutzabrede als unzulässig zu qualifizieren.

B.4.1.2.3. Vorwerfbarkeit

333. Die Besonderheit der Verwaltungssanktionen liegt darin, dass sie gegen die betroffenen Unternehmen selber und typischerweise ohne Nachweis eines strafrechtlich vorsätzlichen Handelns der verantwortlichen natürlichen Personen verhängt werden können. Die Botschaft zum revidierten KG hält explizit fest, dass die Verwaltungssanktion (im Gegensatz zur Strafsanktion) kein Verschulden voraussetzt⁷². Da keine Verwaltungssanktionsvorschrift ein Verschulden verlangt, vertrat die WEKO früher die Auffassung, dass für die Verhängung einer Sanktion nach Art. 50 ff. KG grundsätzlich kein Verschulden nachzuweisen ist⁷³.

334. In ihrer aktuellen Praxis zum neuen Art. 49a Abs. 1 KG⁷⁴ nimmt die WEKO Bezug auf die Rechtsprechung der ehemaligen REKO/WEF (zu Art. 51 KG), welche den Schluss nahe legt, dass eine Sanktion nicht allein aus objektiven Gründen auferlegt werden darf, sondern dass vielmehr auch subjektive Elemente mitberücksichtigt werden müssen⁷⁵. Demnach liegt Vorwerfbarkeit dann vor, wenn der Täter wissentlich handelt oder Handlungen unterlässt, welche man von einer vernünftigen, mit den notwendigen Fachkenntnissen ausgestatteten Person in einer entsprechenden Situation hätte erwarten können⁷⁶. In der Lehre wird unter Hinweis auf Art. 102 StGB⁷⁷ (bzw. vor der Revision aArt. 100^{quater} aStGB) betont, dass ein Unternehmen bereits strafbar ist, wenn im Unternehmen Organisationsmängel festgestellt werden, auch ohne dass die Straftat einer bestimmten Person zugeordnet werden kann⁷⁸. Ein objektiver Sorgfaltsmangel i.S. einer Vorwerfbarkeit könne die bei der juristischen Person nicht nachweisbaren subjektiven Strafbarkeitsvoraussetzungen bis zu einem gewissen Gra-

⁷¹ Vgl. P. REINERT, Art. 49a, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Kartellgesetz, Bern 2007, Rz. 8.

⁷² Botschaft KG 2003 (Fn. 64), S. 2034. Schon die Botschaft vom 23.11.1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Botschaft 1994), BBl 1995 I 468 ff. hielt entsprechend fest, dass die Sanktionierung gerechtfertigt ist, „weil die Unternehmen in der Lage sein sollten und auch verpflichtet sind, sich so zu organisieren, dass rechtsverbindlich festgelegte Pflichten von ihnen erfüllt werden“ (Botschaft 1994, S. 153).

⁷³ Vgl. etwa Entscheide der WEKO: RPW 2001/1, BNP/Paribas, S. 152, Rz. 35; RPW 2000/2, X/C-AG und D-AG, S. 262 f., Rz. 30, und RPW 1998/4, Curti & Co. AG, S. 617 f., Rz. 21 ff.; zustimmend R. ZÄCH/A. WICKY, Die Bemessung von Verwaltungssanktionen im Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen nach schweizerischem Kartellrecht (Art. 51 KG), in: Wirtschaft und Strafrecht, FS für N. Schmid, Zürich 2001, S. 585 ff., insb. S. 589, sowie P. ZURKINDEN, Sanktionen, in: von Büren/David (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht (SIWR), Band V/2 (Kartellrecht), Basel/Genf/München 2000, S. 515 ff.

⁷⁴ Vgl. RPW 2007/2, Richtlinien VSW, S. 233, Rz. 307; RPW 2007/2, Terminierung Mobilfunk, S. 298, Rz. 393; RPW 2006/4, Unique, S. 660, Rz. 229.

⁷⁵ Vgl. den Entscheid REKO/WEF in RPW 2002/2, Rhône-Poulenc/Merck, S. 386 ff., insb. 393 ff., 398 ff., und entsprechend Entscheid WEKO in RPW 2002/3, Schweiz. National-Versicherungsges./Coop Leben, S. 533 f., Rz. 47 ff.

⁷⁶ Dazu und zum Folgenden REKO/WEF, RPW 2002/2, Rhône-Poulenc/Merck, S. 399 f.

⁷⁷ Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, StGB, SR 311.0.

⁷⁸ Dazu und zum Folgenden J. BORER (Fn. 12), Art. 49a N 10 ff. m.w.Hw.

de ersetzen. Ob darüber hinaus auch Art. 6 EMRK⁷⁹ zur Anwendung gelangen muss⁸⁰, kann offen bleiben.

335. In casu liegt eine vertragliche Vereinbarungen zwischen Gaba und Gebro vor, wonach es Gebro untersagt war, Elmex rot in die Schweiz zu exportieren (vgl. dazu ausführlich Rz. 100 ff.). Die Gesetzesvermutung kann zwar umgestossen werden, die Abrede führt aber zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs und kann nicht gerechtfertigt werden, womit sie als unzulässig zu qualifizieren ist. Dabei handelt es sich um eine unzulässige Abrede über die Zuweisung von Gebieten i.S.v. Art. 5 Abs. 4 KG. Für die Einführung und Aufrechterhaltung des absoluten Gebietsschutzes war die Beteiligung sowohl von Gebro wie auch von Gaba notwendig.

336. Gaba und Gebro haben die unzulässige Abrede über die Zuweisung von Gebieten bewusst umgesetzt:

- Der Wortlaut der Gebietsschutzklausel Lizenzvertrag ist klar und unzweideutig. Sowohl Gaba wie auch Gebro waren sich über die Bedeutung und die Tragweite der Gebietschutzabrede im Klaren.
- Gaba und Gebro sind in ganz Europa tätig. Daher waren ihnen die wettbewerbsrechtlichen Probleme bei der Behinderung von Parallelimporten bekannt, zumal eine Behinderung von Parallelimporten auch nach der EU-Gesetzgebung unzulässig ist.
- Ferner lässt die Unternehmensgrösse von Gaba (vgl. Rz. 3) und Gebro (vgl. Rz. 4) darauf schliessen, dass beide Unternehmen über Organisationen verfügen, von welchen erwartet werden darf, sich über die Tragweite ihres Handelns (auch in wettbewerbsrechtlicher Hinsicht) zu informieren.

337. Bezüglich Gebro ist anzufügen, dass sie über eine eigene Tochtergesellschaft in der Schweiz (Gebro Pharma AG mit Sitz in Liestal/BL) verfügt, welche im Vertrieb von Arzneimitteln der Gebro Pharma AG und von Partnerfirmen in der Schweiz tätig ist. Daher war Gebro auch mit den wettbewerbsrechtlichen Regelungen in der Schweiz vertraut.

338. Gaba bringt ferner vor, regelmässig ausführliche Compliance Trainings für ihre Mitarbeiter durchzuführen. Neue Mitarbeiter würden direkt beim Eintritt ins Unternehmen kartellrechtlich geschult, daneben bestünden jährlich aktualisierte Schulungen für alle Mitarbeiter. Neuen Mitarbeitern würde bei der Unterzeichnung ihres Arbeitsvertrages den Code of Conduct von Gaba sowie bei Arbeitsantritt die „Rules of the Road“ (grundlegende Wettbewerbsregeln, welche eingehalten werden müssen) ausgehändigt. Die Mitarbeiter würden daraufhin verpflichtet, schriftlich zu bestätigen, beide oben genannten Dokumente zur Kenntnis genommen zu haben. Zudem hätten die neuen Mitarbeiter ein interaktives e-learning Programm zu absolvieren, welches ausschliesslich wettbewerbsrechtliche Fragen betreffe. Schliesslich würden die neuen Mitarbeiter eine DVD erhalten mit einem persönlichen Compliance Training, welches bestehende Mitarbeiter in den vorangegangenen Monaten absolviert hätten. Alle Mitarbeiter der mittleren und oberen Stufe sowie der Verkaufsabteilungen von Gaba seien verpflichtet, jedes Jahr ein persönliches, auf die Bedürfnisse des Unternehmens zugeschnittenes Training zu absolvieren. Das Programm umfasse ein breites Themenspektrum wie beispielsweise Kartellrecht und ethische Verkaufsgrundsätze. Die ers-

⁷⁹ Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, EMRK, SR 0.101.

⁸⁰ Vgl. den Entscheid REKO/WEF, RPW 2002/2, Rhône-Poulenc/Merck, S. 386 ff., insb. S. 393 ff. Erw. 3 sowie etwa P. ZURKINDEN/H. R. TRÜEB, Das neue Kartellgesetz – Handkommentar, Zürich 2004, Art. 50 N 5; ZURKINDEN (Fn. 73), S. 520; BORER (Fn. 12), Art. 49a N 2; F. HOFFET/K. NEFF, Ausgewählte Fragen zum revidierten Kartellgesetz und zur KG-Sanktionsverordnung, Anwaltspraxis 2004/4, S. 129 f. m.w.Hw.

ten Schulungen in diesem Format seien im Jahr 2006 durchgeführt worden und würden nun jährlich erneuert.

339. Gaba reichte zur Dokumentation des von ihr beschriebenen Compliance Programms Dokumente und elektronische Datenträger ein.

340. Angesichts des beschriebenen Compliance Programmes scheint es schwer nachvollziehbar, dass Gaba in der Zeitspanne vom 1. April 2004 bis zur Inkraftsetzung des Distribution Agreements und des Agreements on the Manufacture of Dental Products das in Frage stehende Passivverkaufsverbot nicht aufhob resp. abänderte, sondern damit bis zum 1. September 2006 zuwartete – zu einem Zeitpunkt, in dem das im Lizenzvertrag enthaltene Passivverkaufsverbot den Wettbewerbsbehörden bereits bekannt war. Dies gilt insbesondere angesichts des klaren Wortlautes der in Frage stehenden Ziff. 3.2. des Lizenzvertrages. Von einem gut organisierten und tadellos funktionierenden Compliance Programm muss erwartet werden, dass eine vertraglich festgehaltene absolute Gebietsschutzabrede aufgedeckt und behoben wird, zumal der Lizenzvertrag resp. dessen wettbewerbsschädliche Auswirkungen nicht der Handlung eines einzelnen Mitarbeiters zugerechnet werden können.

341. Aus diesen Gründen ist zwar anzuerkennen, dass Gaba seit der Übernahme durch Colgate Palmolive (2004) ein Compliance-Programm implementiert hat, doch für den Zeitraum bis zum 1. September 2006 vermochte das Compliance Programm die kartellrechtlich unzulässige Gebietsschutzabrede, welche vertraglich vereinbart war, nicht aufzudecken und zu beheben. Eine sanktionslose Aufhebung der unzulässigen Abrede wäre während einem Jahr nach Einführung der direkten Sanktionen im Kartellgesetz per 1. April 2004 möglich gewesen (Schlussbestimmung zur Änderung vom 20 Juni 2003, AS 2004 1385).

342. Gebro bringt vor, dass sie und Gaba weder ein Passiv- noch ein Aktivverkaufsverbot praktiziert hätten. Gebro habe sowohl direkt als auch indirekt über ihre österreichischen Abnehmer verschiedenste Exporttätigkeiten entwickelt und fortgeführt. Die Parallellieferungen an Spar Schweiz seien sowohl Gebro wie auch Gaba von Anbeginn bekannt gewesen, so dass Gebro nicht annehmen musste, dass ihr eine Beteiligung an einem Passivverkaufsverbot vorgeworfen würde. Wenn Gebro vereinzelt Anfragen für Lieferungen abgewiesen haben sollte, so sei dies auf Kapazitätsgründe und vertragliche Versorgungspflichten zurückzuführen. Schliesslich macht Gebro geltend, dass im schweizerischen Markt für Zahnpasta ein intensiver Intra- und Interbrand-Wettbewerb herrsche. Für Gebro sei es deshalb klar gewesen, dass der Wettbewerb durch ihre Vereinbarung mit Gaba zu keinem Zeitpunkt erheblich beeinträchtigt resp. beseitigt würde.

343. Diesen Vorbringen von Gebro ist entgegenzuhalten, dass es sich bei der Belieferung von Spar um einen Spezialfall handelt (vgl. Rz. 107). Ferner sind die von Gebro geltend gemachten Kapazitätsengpässe – wie in den vorstehenden Erwägungen dargelegt (vgl. Rz. 323) – nicht ursächlich für eine mögliche Nichtbelieferung und können deshalb an dieser Stelle nicht berücksichtigt werden. Zudem spielt es für die Vorwerfbarkeit keine Rolle, dass neben der Beteiligung an einem Passivverkaufsverbot zusätzlich Kapazitätsengpässe zu einer Nichtbelieferung eines gebietsfremden Nachfrager geführt hätten. Denn selbst wenn Kapazitätsengpässe ursächlich wären für die Ver- oder Behinderung von Parallelexporten, ändert dies nichts am Umstand, dass das Eingehen eines Passivverkaufsverbotes vorwerfbar ist. Wenn ein Unternehmen sich vertraglich zu einem passiven Verkaufsverbot verpflichtet, muss das Unternehmen von dessen Unzulässigkeit ausgehen, unabhängig von allfälligen (möglichen) Vorwürfen der Wettbewerbsbehörden. Zur Frage des Intra- und Interbrand Wettbewerbs sowie der Prüfung der Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung wird auf die vorstehenden Erwägungen verwiesen (vgl. Rz. 207 ff., 253 ff. und 301 ff.).

344. Damit haben sowohl Gaba wie auch Gebro den absoluten Gebietsschutz bewusst umgesetzt. Die Frage der Vorwerfbarkeit ist somit zu bejahen.

B.4.1.2.4. Ergebnis

345. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass Gaba wie auch Gebro aus den genannten Gründen mit ihrem Verhalten den Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG seit dem 1. April 2004 erfüllen und somit zu sanktionieren sind.

B.4.2. Sanktionsbemessung

B.4.2.1. Einleitung und gesetzliche Grundlagen

346. Rechtsfolge einer Verletzung von Art. 49a Abs. 1 KG ist die Belastung des fehlbaren Unternehmens mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes (Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG⁸¹). Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des Verstosses, wobei der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, angemessen zu berücksichtigen ist.

347. Im Folgenden wird gemäss Art. 49a KG zunächst die im vorliegenden Fall mögliche Maximalsanktion bestimmt, die den beteiligten Unternehmen auferlegt werden kann. Innerhalb des Sanktionsrahmens ist sodann der Basisbetrag gemäss Art. 3 SVKG festzusetzen. Schliesslich sind die Dauer und die Schwere des Verstosses sowie andere Strafzumessungskriterien (erschwerende und mildernde Umstände) nach SVKG angemessen zu berücksichtigen.

348. Trotz der gesetzlich vorgeschriebenen Kriterien handelt es sich bei der Sanktionsbemessung nicht um einen reinen Rechengvorgang, sondern um eine rechtliche und wirtschaftliche Gesamtwürdigung aller relevanten Umstände⁸². Die effektive Höhe des Betrages wird nach den konkreten Umständen des Einzelfalles bemessen, wobei nach Art. 2 Abs. 2 SVKG stets auch dem Prinzip der Verhältnismässigkeit Rechnung zu tragen ist. Überdies ist die Schwere der Sorgfaltspflichtverletzung zu berücksichtigen, wobei auch subjektive Elemente gewürdigt werden können.

B.4.2.2. Sanktionsbemessung für Gaba

B.4.2.2.1. Maximalsanktion

349. Die Obergrenze des Sanktionsrahmens, d.h. die Maximalsanktion, liegt bei 10% des vom Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Gesamtumsatzes. Der Unternehmensumsatz i.S.v. Art. 49a Abs. 1 KG berechnet sich dabei sinngemäss nach den Kriterien der Umsatzberechnung bei Unternehmenszusammenschlüssen, Art. 4 und 5 VKU finden analoge Anwendung.

350. Gaba erzielte in den Jahren 2004, 2005 und 2006 in der Schweiz Umsätze in der Höhe von CHF [...], CHF [...] und CHF [...]. Der Gesamtumsatz im Zeitraum 2004 bis 2006 beträgt somit CHF [...]. Folglich beläuft sich die Maximalsanktion im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG in casu auf CHF [...].

351. Gaba macht geltend, dass bei Vertikalabreden keine Sanktion ausgefällt werden dürfe, die beinahe [...]% der Maximalsanktion ausmachen würde. Gaba stützt sich dabei auf die vormals gültigen Leitlinien der EU für die Festsetzung von Geldbussen nach Massgabe der

⁸¹ Verordnung vom 12.3.2004 über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung; SR 251.5).

⁸² RPW 2006/4, Unique, S. 662, Rz. 242, RPW 2007/2, Terminierung Mobilfunk, S. 299, Rz. 401, RPW 2007/2, Publiqroupe, S. 235, Rz. 320.

EWK-Wettbewerbsregeln⁸³. Die Leitlinien würden Verstösse in drei Gruppen unterteilen: Minder schwere Verstösse, schwere Verstösse und besonders schwere Verstösse. Vor diesem Hintergrund handle es sich vorliegend höchstens um einen minder schweren Verstoß, da die Vereinbarung zwischen Gaba und Gebro keine Auswirkungen auf den relevanten Markt hatte. Nach Massgabe vorgenannter Leitlinien betrage der maximale Sanktionsrahmen für solche Verstösse EUR 1000 bis 1 Mio.

352. Dazu ist vorab festzuhalten, dass den Leitlinien der EU zufolge minder schwere Verstösse einen relativ engen Teil des Gemeinschaftsmarktes betreffen. Die nächst höhere Stufe, schwere Verstösse, zeichnen sich dadurch aus, dass sie entschlossener angewandt, umfassendere Auswirkungen auf den Markt zeitigen und in einem grösseren Teil des Gemeinsamen Marktes zum Tragen kommen können. Die voraussichtlichen Beträge für solche Verstösse bewegen sich zwischen EUR 1 Mio. bis 20 Mio. Bezogen auf den vorliegenden Fall ist kritisch anzumerken, dass es fraglich scheint, ob die Abrede zwischen Gaba und Gebro nach der Rechtsprechung der EU als minder schwer qualifiziert würde, zumal Ziff. 3.2. des Lizenzvertrages Gebro jegliche Exporte – egal in welches Land – verbietet und damit mehr als nur ein relativ enger Teil des Gemeinschaftsmarktes betroffen gewesen wäre. Daher ist dieses Vorbringen von Gaba zu relativieren und es kann im vorliegenden Fall, insbesondere unter Berücksichtigung der entsprechenden europäischen Praxis (vgl. Rz. 105), von einem schweren Verstoß ausgegangen werden. Die einzelnen Ausführungen zur konkreten Sanktionsbemessung folgen im nächsten Abschnitt.

B.4.2.2.2. Konkrete Bemessung

353. Nach Art. 49a Abs. 1 KG ist bei der Bemessung des konkreten Sanktionsbetrags die Dauer und Schwere des Verstoßes und der dadurch erzielte mutmassliche Gewinn angemessen zu berücksichtigen.

354. Als allgemeingültiger Grundsatz ist festzuhalten, dass die Festsetzung des Sanktionsbetrages im pflichtgemässen Ermessen der WEKO steht⁸⁴. Zur Bemessung des Sanktionsbetrages wird in der Botschaft konkretisiert, dass der Sanktionsrahmen von 0-10% einerseits in schwerwiegenden Fällen eine abschreckende Wirkung gewährleistet, andererseits „aber den Behörden in geringfügigen Fällen die Belastung mit Beträgen von lediglich symbolhaftem Charakter“ ermöglicht⁸⁵. Aus diesem Grund verzichtete der Gesetzgeber auch auf die Formulierung eines Ausnahmetatbestandes für leichte Fälle: Die Höhe der Sanktion könne im Falle besonders leichter Verstösse auch entsprechend milde bemessen werden⁸⁶. Damit steht der WEKO von Gesetzes wegen ein breiter Sanktionsrahmen zur Verfügung, den sie nach pflichtgemässigem Ermessen auszuschöpfen hat. Eingeschränkt wird das Ermessen indes durch die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und der Gleichbehandlung.

355. Die effektive Höhe des Betrages wird auch nach dem revidierten Kartellgesetz anhand der konkreten Umstände bemessen⁸⁷. Die Literatur verweist zudem auf die wettbewerbsrechtliche Praxis der Europäischen Kommission⁸⁸, wobei zu beachten ist, dass die KG-

⁸³ Vgl. Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbussen, die gemäss Artikel 15 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 und gemäss Artikel 65 Absatz 5 EGKS-Vertrag festgesetzt werden (Abl. 98/C 9/ 03).

⁸⁴ Vgl. dazu und zum Folgenden P. DUCREY (Fn. 65), Art. 50 N 15.

⁸⁵ Vgl. Botschaft KG 2003 (Fn. 64), S. 2038.

⁸⁶ Vgl. Botschaft KG 2003 (Fn. 64), S. 2037 f.

⁸⁷ Vgl. schon Botschaft 1994 (Fn. 64), S. 154.

⁸⁸ Eingehend zur Frage der straf- oder verwaltungsrechtlichen Natur (von Art. 50 KG) L. MOREILLON, in: *Droit de la concurrence, Commentaire romand*, Tercier/Bovet (éd.), Ge-

Sanktionsverordnung über weite Strecken von der EU-Regelung inspiriert ist⁸⁹. Insgesamt ergibt sich auch durch die in der europäischen Praxis genannten Umstände eine rechtliche und wirtschaftliche Berücksichtigung aller relevanten Begebenheiten. Dies stimmt auch mit der bisherigen Praxis der REKO/WEF bzw. des BVGer überein⁹⁰.

B.4.2.2.1. Basisbetrag

356. Der Basisbetrag beträgt je nach Art und Schwere des Verstosses bis zu 10% des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat (Art. 3 SVKG).

Obergrenze des Basisbetrags

357. Die Umsätze, die Gaba in den Jahren 2004, 2005 und 2006 mit Zahnpasta in der Schweiz erzielte, betragen CHF [...], CHF [...] und CHF [...]. Die obere Grenze des Basisbetrags beläuft sich im vorliegenden Fall somit auf CHF [...].

Berücksichtigung der Art und Schwere des Verstosses

358. Gemäss Art. 3 SVKG ist die aufgrund des Umsatzes errechnete Höhe des Basisbetrages je nach Schwere und Art des Verstosses festzusetzen. Es gilt deshalb zu prüfen, als wie schwer der Verstoss zu qualifizieren ist.

359. Im Rahmen der Schwere des unzulässigen Verhaltens gemäss Art. 2 Abs. 1 SVKG ist Folgendes zu berücksichtigen:

- Vorliegend wurde Gebro durch Ziff. 3.2. des Lizenzvertrages verboten, Produkte ins Ausland zu exportieren. Dieses Verbot galt uneingeschränkt. Hält man sich die Praxis der Europäischen Kommission vor Augen, wonach Abreden betreffend die Behinderung von Parallelimporten als besonders schwere Wettbewerbsverstösse⁹¹ betrachtet werden, ist Ziff. 3.2. des Lizenzvertrages zwischen Gaba und Gebro dem Grundsatz nach als schwerer Verstoss einzustufen.
- Für die Parteien spricht zudem der Umstand, dass Spar – trotz absolutem Gebietsschutz Elmex rot aus Österreich parallel importieren kann. Kritisch anzuführen ist diesbezüglich jedoch, dass Spar über [...] importiert und in der Schweiz auf dem Lebensmittel-Detailhandel ein kleiner Anbieter mit einem Marktanteil von lediglich rund [0-10]%⁹² ist. Dennoch führt der Parallelimport von Spar auf dem Schweizer Markt zu einem gewissen Intra-brand-Wettbewerb, insbesondere über Aktionen.

360. Zu den obigen Ausführungen bringt Gaba vor, dass sie davon ausgehen durfte, dass der Lizenzvertrag kartellrechtskonform war, da dieser nicht unter Art. 5 Abs. 4 KG falle und zudem eine Technologietransfervereinbarung sei, welche nach dem Recht der EU aktive und passive Verkaufsverbote rechtmässig vorsehen könne. Zudem sei Ziff. 3.2. des Lizenzver-

nève/Bâle/Munich 2002, Remarques liminaires aux art. 50–53 N 11 ff. m.w.Nw., Art. 50 N 9 ff.; DUCREY (Fn. 65), Art. 50 N 15, und zur europäischen Praxis die Nachweise in RPW 2006/4, S. 662.

⁸⁹ Vgl. Erläuterungen SVKG (Fn. 93), S. 1.

⁹⁰ Auch die REKO/WEF hat in einem Entscheid teilweise auf ähnliche Kriterien abgestellt, wie dies in der europäischen Praxis getan wird (Entscheid REKO/WEF, RPW 2002/2, Rhône-Poulenc S.A./Merck & Co. Inc., S. 386 ff., insb. S. 400 ff. Erw. 4). Vgl. zum Ganzen auch BVGer, Urteil B-2157/2006 vom 3.10.2007, RPW 2007/4, Flughafen Zürich AG (Unique), Wettbewerbskommission, S. 673 ff.

⁹¹ Vgl. STOCKENHUBER (FN. 9), Rz. 189 f.

⁹² Vgl. Coop/Carrefour, RPW 2008/4, S. 615, Rz. 175.

trages nicht mehr gelebt worden. Schliesslich sei Gebro nicht in ihrer Freiheit beschränkt worden, sondern habe aufgrund von Kapazitätsengpässen keine Waren liefern können. Falls ein Verstoss vorläge, so handle es sich dabei höchstens um einen besonders leichten.

361. Diesen Vorbringen von Gaba ist entgegenzuhalten, dass auch Lizenzverträge von Art. 5 Abs. 4 KG erfasst werden können (vgl. Rz. 102). Hinsichtlich den Vorbringen zur TT-GVO wird auf die Ausführungen in Rz. 159 ff. verwiesen. Was die Vertragswirklichkeit angeht, so wurde bereits in den vorstehenden Erwägungen dargelegt (vgl. Rz. 106 ff.), dass die Behauptung, Ziff. 3.2. des Lizenzvertrages sei nicht gelebt worden, als Schutzbehauptung einzustufen ist. Schliesslich greift auch das Argument der Kapazitätsengpässe zu kurz (vgl. Rz. 323).

362. Die obigen Ausführungen führen zum Schluss, dass es sich bei der in Frage stehenden Gebietsschutzabrede mindestens um einen mittelschweren Verstoss handelt. Somit rechtfertigt es sich, den Basisbetrag der Sanktion im vorliegenden Fall gemäss Art. 3 SVKG auf 5% des Umsatzes festzusetzen, den Gaba in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat. Der Basisbetrag beträgt somit CHF [...].

B.4.2.2.2. Dauer des Verstosses

363. Gemäss Art. 4 SVKG erfolgt eine Erhöhung des Basisbetrages um bis zu 50%, wenn der Wettbewerbsverstoss zwischen einem und fünf Jahren gedauert hat; für jedes weitere Jahr ist ein Zuschlag von bis zu 10% möglich⁹³. Für den vorliegenden Fall sind dabei zwei Besonderheiten zu beachten:

- Erstens wurde der Vertrag zwischen Gaba und Gebro, der ein Verbot des Passivverkaufs enthielt, vor dem Inkrafttreten des Art. 49a KG (1. April 2004) abgeschlossen und galt bis am 1. September 2006. Für die Höhe der Sanktion massgebend kann somit nur die Dauer des Verstosses seit dem 1. April 2004 sein.
- Zweitens wurde der Lizenzvertrag per 1. September 2006 durch ein neues Vertragswerk bestehend aus dem Distribution Agreement und dem Agreement on the Manufacture of Dental Products ersetzt, mithin das vormals vereinbarte Verbot von Passivverkäufen formell aufgehoben. Die nach Art. 49a Abs. 1 KG sanktionierbare Zeitperiode umfasst somit den 1. April 2004 bis zum 1. September 2006.

364. Dagegen bringt Gaba vor, dass der berechnete Basisbetrag nicht erhöht werden könne, weil Spar seit 2003 Parallelimporte tätige, wodurch belegt werde, dass Ziff. 3.2. des Lizenzvertrages keine Wirkungen mehr entfaltet habe.

365. Dieses Argument ist nicht stichhaltig, denn wie bereits in den vorstehenden Erwägungen dargelegt wurde, handelt es sich bei Spar um einen Spezialfall, da sie über [...] Elmex rot parallel importieren konnte (vgl. vorne Rz. 107). Darüber hinaus hat Gaba nicht rechtsgenügend dargelegt, dass Ziff. 3.2. des Lizenzvertrages nicht mehr gelebt wurde.

366. Folglich hat der Wettbewerbsverstoss rund zweieinhalb Jahre gedauert. Deshalb wird der Basisbetrag um 20% erhöht. Er beläuft sich somit auf CHF 4'820'580.–.

B.4.2.2.3. Erschwerende und mildernde Umstände

367. In einem letzten Schritt sind schliesslich die erschwerenden und die mildernden Umstände nach Art. 5 und Art. 6 SVKG zu berücksichtigen.

⁹³ Vgl. Erläuterungen zur KG-Sanktionsverordnung (SVKG) des Sekretariats der WEKO (nachfolgend: Erläuterungen SVKG), S. 3, abrufbar unter www.WEKO.admin.ch/imperia/md/images/WEKO/33.pdf.

368. In casu sind keine erschwerenden Umstände im Sinne von Art. 5 Abs. 1 SVKG ersichtlich.

369. Bezüglich der mildernden Umstände macht Gaba geltend, dass sie aktiv mit den Wettbewerbsbehörden zusammengearbeitet habe und von Anfang an dargelegt hätte, dass sie in keiner Art und Weise Denner gehindert hätte, Parallelimporte zu tätigen. Gaba habe Unternehmen wie Spar sogar an den österreichischen Lizenznehmer verwiesen. Zudem tätige Spar seit 2003 Parallelimporte, was weder durch Gaba noch durch Gebro verhindert worden sei.

370. Dazu ist zu sagen, dass Gaba zwar von Anfang ihre Sichtweise dargelegt hatte, also den in Frage stehenden Wettbewerbsverstoss bestritt. Die Darlegungen von Gaba gingen indes nicht über die gesetzlichen Anforderungen (Art. 40 KG) hinaus, zumal die Zusammenarbeit jeweils im Rahmen von Befragungen oder auf die Zustellung des Antrages des Sekretariates hin erfolgten. Im Übrigen hat Gaba nicht über das übliche Mass hinaus mit den Wettbewerbsbehörden zusammengearbeitet, als es von Adressaten von kartellrechtlichen Untersuchungen erwartet werden darf. Daher kann dieses Argument von Gaba nicht als mildernder Umstand berücksichtigt werden. Bezüglich Spar sei wiederum auf die vorstehenden Erwägungen verwiesen (vgl. Rz. 107).

371. Im Übrigen liegen keine mildernden Umstände im Sinne von Art. 6 SVKG vor.

B.4.2.2.4. Ergebnis

372. Die nachfolgende Tabelle 12 fasst die Bussenberechnung für Gaba zusammen:

Tabelle 12: Bussenberechnung

	Jahr			
	2004	2005	2006	2004-2006
Gesamtumsatz in der Schweiz	CHF [...]	CHF [...]	CHF [...]	CHF [...]
Maximalsanktion				CHF [...]
Umsatz im relevanten Markt: 10%	CHF [...]	CHF [...]	CHF [...]	CHF [...]
Maximaler Basisbetrag: 10%				CHF [...]
Art und Schwere des Verstosses: 5%				CHF [...]
Basisbetrag				CHF [...]
Dauer: +20%				CHF [...]
Total				CHF 4'820'580

373. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände und aller genannten sanktionserhöhenden und -mildernden Faktoren wird eine Verwaltungssanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG in Höhe von CHF 4'820'580.– für Gaba als angemessen erachtet.

B.4.2.3. Sanktionsbemessung für Gebro

374. Die konkrete Bemessung der Sanktion für Gebro erfordert eine eingehende Betrachtung ihrer Beteiligung an der Abrede. Als allgemeingültiger Grundsatz ist festzuhalten, dass die Festsetzung des Sanktionsbetrages im pflichtgemässen Ermessen der WEKO steht (vgl. Rz. 354 f.).

375. Die Besonderheit des vorliegenden Falles besteht darin, dass die Behinderung von Parallelimporten grundsätzlich einen als schwer zu qualifizierenden Verstoss darstellt. In casu besteht allerdings hinsichtlich der Vereinbarung und der Durchsetzung der Gebietsschutzabrede [...], welches die konkrete Sanktionsbemessung für Gebro massgeblich beeinflusst. Bei der Gegenüberstellung der (wirtschaftlichen) Interessen der beiden Unternehmen wird ersichtlich, dass [...]:

- Gebro war bzw. ist für die Produktion und den Vertrieb von Gaba-Produkten in Österreich [...]. Gaba hingegen hätte für die Produktion und den Vertrieb ihrer Produkte in Österreich auch eine andere Gesellschaft betrauen oder sich dazu entschliessen können, eine eigene Tochtergesellschaft in Österreich zu gründen. Folglich war Gebro bei den Vertragsverhandlungen bereits aufgrund dieser Konstellation in der schwächeren Position: Gaba hatte die Möglichkeit, [...]. Es ist davon auszugehen, dass Gebro nichts anderes übrig blieb, als die Vertragsbedingungen von Gaba zu akzeptieren, um nicht den Vertragsabschluss zu gefährden. Gaba war daher in der Lage, gewisse Vertragsbedingungen gegenüber Gebro einseitig durchzusetzen.
- Hinsichtlich der Durchsetzung der Gebietsschutzabrede fällt ins Gewicht, dass Gebro der WEKO mitteilte, ihr Hauptaugenmerk gelte dem österreichischen Markt. Gaba hingegen konnte die Zunahme von Wettbewerbsdruck mit der Durchsetzung der Gebietsschutzabrede verhindern und hatte bereits von daher ein höheres Interesse an der Durchsetzung der Abrede: So hätte der Discounter Denner bei einer Belieferung mit El-mex rot die Zahnpasta aller Voraussicht nach billiger angeboten als die übrigen Schweizer Detailhändler (vgl. Rz. 208). Dies hätte den Preisdruck auf die übrigen Detailhändler und damit auch (indirekt) auf Gaba erhöht. Mit der Durchsetzung der Gebietsschutzabrede konnte Gaba diesen Druck auf die Einstandspreise verhindern, was ihren (wirtschaftlichen) Interessen zu Gute kam.
- Da die vertragliche Beziehung zwischen Gebro und Gaba seit mehr als 25 Jahren besteht und Gebro in dieser Zeit Investitionen in die Produktion und den Vertrieb von Gaba-Produkten getätigt hat, ist davon auszugehen, dass Gebro kaum die Kündigung der bestehenden Verträge riskieren würde. Dies wird insbesondere dadurch verdeutlicht, dass Gebro bei der Erneuerung der Verträge per 1. September 2006 eine Informationspflicht bei Bestellungseingängen aus dem Ausland auferlegt wurde, und eine Verletzung dieser Pflicht eine Vertragsverletzung darstellen würde, [...].
- Hinzu kommt, dass Gaba ausser in Österreich in allen an die Schweiz angrenzenden Nachbarländern mit einer eigenen Tochtergesellschaft im Markt tätig ist.⁹⁴ [...].

376. All diese Gründe verdeutlichen, dass die Gebietsabrede Gaba einseitig begünstigte. [...].

377. Die Gesamtwürdigung der vorstehend aufgeführten Argumente führt daher zum Schluss, dass zwar sowohl Gaba wie auch Gebro die in Frage stehende Gebietsschutzabrede bewusst umgesetzt haben, dies jedoch insoweit relativiert werden muss, [...]. Dadurch war es Gaba möglich, ihre Vertragsbedingungen gegenüber Gebro durchzusetzen.

378. Basierend auf diese Überlegungen ist die Sanktion gegen Gebro auf einen symbolischen Betrag zu begrenzen. Unter Würdigung der vorstehend genannten Umstände sowie unter Berücksichtigung der Schwere des vorliegend beurteilten Verhaltens und des Verhältnismässigkeitsprinzips rechtfertigt sich eine symbolische Verwaltungssanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG in der Höhe von CHF 10'000.– für Gebro.

⁹⁴ Vgl. http://www.gaba.ch/htm/503/de_CH/Laenderpraesenz.htm, besucht am 01.12.2008.

379. Gaba bestreitet die Sanktionsbemessung für Gebro und dabei insbesondere, dass mit der Durchsetzung der Gebietsschutzabrede die Zunahme von Wettbewerbsdruck verhindert werden konnte und Gaba deshalb ein höheres Interesse an der Gebietsschutzklausel hatte. Weiter führt Gaba an, dass es sich bei Gebro nicht um eine schwache Gegenpartei, sondern um ein bedeutendes Pharmaunternehmen handle. Sowohl der alte wie auch der neue Lizenzvertrag sei im Interesse beider Parteien geschlossen worden. Die Gebro auferlegte Sanktion zeige zudem, dass die Gaba auferlegte Sanktion unverhältnismässig hoch sei. Diese Vorbringen stossen aufgrund der obigen Ausführungen ins Leere.

B.4.2.4. Ergebnis

380. Aufgrund der genannten Erwägungen sowie unter Würdigung aller Umstände und aller genannten sanktionserhöhenden und -mildernden Faktoren wird Gaba mit einer Verwaltungssanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG in Höhe von CHF 4'820'580.– gebüsst.

381. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände wird Gebro mit einer Verwaltungssanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG in Höhe von CHF 10'000.– gebüsst.

B.5. Ergebnis

382. Die WEKO kommt gestützt auf die vorstehenden Erwägungen zu folgendem Ergebnis:

- Vor dem 1. September 2006 lag eine vertraglich vereinbarte vertikale Gebietsabrede nach Massgabe von Art. 5 Abs. 4 KG vor.
- Die gesetzlich statuierte Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs kann durch die Kombination des vorhandenen Intra- und Interbrand-Wettbewerbs umgestossen werden.
- Die absolute Gebietsschutzabrede beeinträchtigt den Wettbewerb i.S.v. Art. 5 Abs. 1 KG erheblich.
- Gründe der wirtschaftlichen Effizienz nach Art. 5 Abs. 2 KG liegen nicht vor.

Es handelt sich somit um eine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 KG, welche nach Art. 49a Abs. 1 KG sanktionierbar ist.

383. Gaba wird mit einer Verwaltungssanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG in Höhe von CHF 4'820'580.– gebüsst.

384. Gebro wird mit einer Verwaltungssanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG in Höhe von CHF 10'000.– gebüsst.

C. Kosten

385. Nach Art. 2 Abs. 1 der Verordnung über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG, SR 251.2) ist gebührenpflichtig, wer das Verwaltungsverfahren verursacht hat.

386. Nach Art. 4 Abs. 2 GebV-KG gilt ein Stundenansatz von CHF 100-400.–. Dieser richtet sich namentlich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals. Auslagen für Porti sowie Telefon- und Kopierkosten sind in den Gebühren eingeschlossen (Art. 4 Abs. 4 GebV-KG).

387. Der Zeitaufwand der Vorabklärung belief sich auf insgesamt 103 Stunden, welcher nach folgenden Stundenansätzen verrechnet wird:

- 11 Stunden zu CHF 120.–, ergebend CHF 1'320.–;
- 89.5 Stunden zu CHF 200.–, ergebend CHF 17'900.–;
- 2.5 Stunden zu CHF 250.–, ergebend CHF 625.–.

Die Kosten für die Vorabklärung belaufen sich gesamthaft auf CHF 19'845.–.

388. Der Zeitaufwand der Untersuchung beläuft sich auf insgesamt 1'539.55 Stunden, welcher nach folgenden Stundenansätzen verrechnet wird:

- 318 Stunden zu CHF 120.–, ergebend CHF 38'160.–;
- 1'143.55 Stunden zu CHF 200.–, ergebend CHF 228'710.–;
- 78 Stunden zu CHF 250.–, ergebend CHF 19'500.–.

Die Kosten für die Untersuchung belaufen sich gesamthaft auf CHF 286'370.–.

389. Dies ergibt Gesamtkosten von insgesamt CHF 306'215.– (1'642.55 Stunden).

390. Die Gebühren werden wie folgt unter Gaba und Gebro aufgeteilt: In Analogie zu den Überlegungen zur Verwaltungssanktion (vgl. Rz. 374 ff.) bezüglich der Interessenasymmetrie zwischen Gaba und Gebro wird Gebro mit CHF 10'000.– und Gaba mit CHF 296'215.– belastet.

D. Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Es wird festgestellt, dass der Lizenzvertrag vom 1. Juli 1982 zwischen Gaba International AG und Gebro Pharma GmbH bis zum 1. September 2006 eine unzulässige Gebietsabrede nach Massgabe von Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 KG enthielt.
2. Im Übrigen wird die Untersuchung eingestellt.
3. Gaba International AG wird gemäss Art. 49a Abs. 1 KG für das unter der Ziff. 1 beschriebene Verhalten mit einem Betrag von CHF 4'820'580.– belastet.
4. Gebro Pharma GmbH wird für das unter der Ziff. 1 beschriebene Verhalten mit einem Betrag von CHF 10'000.– belastet.
5. [Verfahrenskosten]
6. [Rechtsmittelbelehrung]

[Eröffnung]