

# **WEKO Gaba vom 30. November 2009**

WEKO, 2009-11-30, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/weko\\_Gaba](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/weko_Gaba)

FR: WEKO Gaba du 30 novembre 2009

IT: WEKO Gaba del 30 novembre 2009

## **Erwägungen**

### **E. 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 Kariesschutzzahn-pasta 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.

### **E. 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 Auf- lagen bewilligten Zusammenschlussvorhabens vom Migros-Genossenschafts-Bund (nach- folgend: Migros) übernommen (vgl. RPW 2008/1, S. 129 ff.).

### **E. 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, Zahnpülungen, 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.

### **E. 4**

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

### **E. 5**

Neben der Verhinderung von Parallelimporten betraf die Anzeige von Denner den se- lektiven 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.

#### **E. 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.

#### **E. 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>.

4/82 • Preisvorgaben für den Verkauf von Elmex rot (Art. 5 Abs. 4 KG);

- Behinderung des Parallelimports von Elmex rot (Art. 5 Abs. 4 KG).

#### **E. 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.

#### **E. 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

#### **E. 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 ver- treiben und weder direkt noch indirekt Exporte in andere Länder vorzunehmen.“

#### **E. 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).

#### **E. 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.

#### **E. 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.“

#### **E. 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.

5/82 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“.

#### **E. 16**

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

#### **E. 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.

#### **E. 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.

#### **E. 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.

#### **E. 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.

#### **E. 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 Offerter unterbreitete. Gebro offerierte Elmex rot zu einem Preis von EUR [...].

#### **E. 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.

#### **E. 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

#### **E. 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

6/82 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.

#### **E. 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.

#### **E. 26**

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

#### **E. 27**

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

#### **E. 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.

#### **E. 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.

#### **E. 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.

#### **E. 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.

#### **E. 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.

**E. 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.

**E. 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.

**E. 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.

**E. 36**

Am 9. April 2008 verschickte das Sekretariat Fragebögen an Denner, Gaba, Gebro (mit entsprechender Information an die Bundeswettbewerbsbehörde), Verbände (5, wovon alle 7/82 geantwortet haben), Detailhändler (11, wovon 10 geantwortet haben 3), Konsumentenschutz-organisationen (5, wovon alle geantwortet haben), Apotheken (22, wovon 21 geantwortet haben), Drogerien (21, wovon 19 geantwortet haben) und Zahnpastahersteller (16, wovon alle geantwortet haben).

**E. 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.

**E. 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 Zahnärztegesellschaft (SSO) dem Sekretariat am 6. Mai 2008 mitteilte, sie könne bei ihren Mitgliedern keine entsprechenden Informationen einholen.

**E. 39**

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

**E. 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.

**E. 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.

#### **E. 42**

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

#### **E. 43**

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

#### **E. 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).

#### **E. 45**

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

#### **E. 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.

#### **E. 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.

8/82 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.

#### **E. 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.

#### **E. 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.

9/82 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 (Heilanzpreisungen, 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-Vereinbarungen 4 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-brand-Wettbewerb, 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.

10/82 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/Denner 5 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.

11/82 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. 1bis 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.

### 12/82 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.

13/82 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.

14/82 • 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 gruppen-eigenen 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 Entscheidungsautonomie 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.

15/82 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 Gebietschutz; 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 Vert- Bek).

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 er-

fasst. 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)

16/82 2790/1999 13 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 zugebracht 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.

17/82 103. 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.

18/82 Abb. 1: Länderpräsenz von Gaba

Quelle : [http://www.gaba.ch/htm/503/de\\_CH/Laenderpraesenz.htm](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 seiner jüngsten Entscheidung 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 tot Buchstabe bleiben würden.

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