

WEKO Lieferkonditionen eines Getränkeherstellers vom 10. November 2015

WEKO, 2015-11-10, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/weko_Lieferkonditionen_eines_Getr_nkeherstellers

FR: WEKO Lieferkonditionen eines Getränkeherstellers du 10 novembre 2015

IT: WEKO Lieferkonditionen eines Getränkeherstellers del 10 novembre 2015

Erwägungen

E. 1

[Der Anzeiger] (nachfolgend: [G]) gelangte mit Schreiben vom 25. Oktober 2012 ans Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat), da er von der [...] AG (nachfolgend: [D]) in [...], Deutschland, telefonisch einen ablehnenden Bescheid bezüglich eine Direktbelieferung erhalten hatte. So hatte [G] den Abfüller [D] am 25. September 2012 angefragt, [...] [Marke], [Marke] [Varietät 2] und [Marke] [Varietät 3] in 33cl-Mehrweg-Flaschen (nachfolgend: Mehrweg=MW) direkt bei diesem zu beziehen.

E. 2

Aus dem Schreiben des [G] ging weiter hervor, dass dieser zum damaligen Zeitpunkt bereits seit einem guten Jahr [Marke] (inkl. [Marke] [Varietät 2] und [Marke] [Varietät 3]) in 33cl-MW-Flaschen über eine Partnerfirma von Deutschland parallel importieren liess.¹ Der [G] zeigte auf, dass Gastronomiebetriebe durch diesen Parallelimport 33cl-MW-[Marke]-Flaschen deutlich günstiger beziehen konnten als in der Schweiz abgefüllte 33cl-MW- [Marke]-Flaschen. Mit dem Direktbezug beim Abfüller in [...] erhoffte sich der [G] eine weitere Ersparnis aufgrund des entfallenden Umladens in Deutschland.

E. 3

2002 kaufte die [CH]-Gruppe ([W] und ihre Tochtergesellschaften), zusammen mit der [X], die [P]

([W], 2013 Annual Financial Report, 18). Während das Geschäft zu 100 % von der [CH]-Gruppe übernommen wurde, gehört die Mineralwasserquelle je hälftig der [X] und der [CH]-Gruppe und die [P]- Marke alleinig der [X] ([CH], Annual Report 2002, 66). Zu den von der [CH] vertriebenen Produkten siehe <[www]> (21.11.2012).

E. 4

Vgl. <[www]> (24.06.2014). Im April 2013, nach der erfolgreichen Beendigung des Aktienum-

tauschangebots der [CH], sämtliche der ausgegebenen Stammaktien der [W] zu erwerben, wurde die [CH] mit einem Aktienanteil von 96,85 % an der [W] zur Holding Company. Seit Juni 2013, nach der erfolgreichen Beendigung des Squeeze-Out-Verfahrens, hält die [CH] 100% an der [W].

E. 5

<[www]> (24.06.2014).

E. 6

Auch in den Nachbarländern der Schweiz werden Getränke der Marke [Marke] durch Lizenznehmer abgefüllt, in Deutschland durch die [D], eine Tochtergesellschaft der [X],¹⁰ in Frankreich durch die [...] (nachfolgend: [F]), eine Tochtergesellschaft der [Z] Enterprises Inc., Atlanta (USA),¹¹ in Italien durch die [...] (nachfolgend: [I]), und in Österreich durch die [...] (nachfolgend: [A]) mit Sitz in Wien (vgl. Tabelle 1). Anzumerken ist, dass im August 2015 bekannt gegeben wurde, dass der [X]-Abfüller [E], der in Deutschland ansässige [X]-Abfüller [D]

E. 7

Die [X] und die [Q] führen das Joint-Venture-Unternehmen [...], welches 2001 gegründet wurde und

sich auf trinkfertige Teegetränke für den europäischen und den kanadischen Markt konzentriert (vgl. Medienmitteilung von [Q], [...] konzentriert sich auf Europa und Kanada, 06.01.2012, <[www]> (28.10.2014)).

E. 8

Vgl. <[www]> (19.11.2014)

E. 9

Vermutungsweise gehört ist auch das Fürstentum Liechtenstein in dieser Lizenz eingeschlossen. So

gehört die Schweiz und das Fürstentum Liechtenstein zum gleichen Liefergebiet (vgl. die AGBs für Bestellungen über den E-Shop der [CH], Stand Juni 2008, zu finden unter <[www]> (19.11.2014)).

E. 10

Gemäss der [D] (<[www]> unter Häufige Fragen zum Thema: Unternehmen (14.08.2014)) hält die

[X] über Konzerngesellschaften 83 % der Aktien.

E. 11

Dieser Abfüller ist gemäss eigenen Angaben für folgende Länder zuständig: Belgien, Frankreich,

Grossbritannien, Niederlande, Norwegen und Schweden (vgl. <[www]> (30.09.2014)).

32-00013/COO.2101.111.4.136155 4 und sowie der [X]-Abfüller [Marke] Enterprises Inc., zu welcher u.a. der französische [X]-Abfüller gehört, zukünftig zu einem Unternehmen vereint werden, nämlich der [...]. An diesem Unternehmen wird die [X] einen Anteil von 18 % halten.¹² Tabelle 1: Abfüller von [Marke]-Produkten in der Schweiz und ihren Nachbarländern

Land [X]-Abfüller Muttergesellschaft

Schweiz [...] ([CH]) [Y]

Italien [...]13 ([I])

Österreich [...] ([A])

Deutschland [...]14 ([D]) [...] ([X])

Frankreich [...]15 ([F]) [Z] Bemerkung: In Klammern stehen die im vorliegenden Text verwendeten Abkürzungen der Unternehmen.

7. Ziel bei der Eröffnung der vorliegenden Vorabklärung war es, zu analysieren, ob Anhaltspunkte bestehen, dass es sich bei der Nichtbelieferung des [G] durch die [D] um einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gemäss Art. 7 des Kartellgesetzes¹⁶ handelt und/oder eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 KG vorliegt. 8. Der Untersuchungsgegenstand der vorliegenden Vorabklärung änderte sich jedoch gleich zu Beginn der Vorabklärung, da sich die [D] bereit erklärte, den [G] direkt zu beliefern. Den von der [D] im Januar 2013 offerierten Preis kritisierte der [G] insbesondere mit Hinweis darauf, dass ihm kein Werbebeitrag gewährt worden war. So verlagerte sich die Analyse der Vorabklärung auf die Frage, ob Anhaltspunkte bestehen, dass die Konditionen, zu welchen die [D] sich bereit erklärte, den [G] zu beliefern, den Tatbestand des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung gemäss Art. 7 KG und insbesondere von Art. 7 Abs. 2 lit. b KG, also den Tatbestand der Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen, erfüllen.

9. Im Verlaufe der Vorabklärung versuchte der [G] zudem [Marke]-Produkte bei [Marke]-Abfüllern in Österreich und Frankreich zu beziehen und berichtete ausserdem über den Versuch [des Getränkehändlers 1], [Marke]-Produkte beim [Marke]-Abfüller in Italien zu beziehen. Nach mehreren Monaten hatte von diesen drei Abfüllern lediglich der österreichische Abfüller geantwortet und dem [G] eine Direktbelieferung verneint. Das Sekretariat ging den Gründen der Nichtbelieferung durch den österreichischen Abfüller, der Nichtbeantwortung der Anfrage des [G] durch den französischen Abfüller und der Nichtbeantwortung derjenigen [des Getränkehändlers 1] durch den italienischen Abfüller nach und befragte diesbezüglich die Abfüller resp. im Falle des französischen Abfüllers dessen Muttergesellschaft. So analysierte das Sekretariat, ob Anhaltspunkte bestehen, dass die [X]-Abfüller in Deutschland,

E. 12

Vgl. [...], Pressemitteilung vom 6. August 2015. Diese neuen Besitzverhältnisse sind in Tabelle 1

nicht berücksichtigt.

E. 13

Vgl. <[www]> (30.09.2014).

E. 14

Vgl. <[www]> (30.09.2014).

E. 15

Vgl. <[www] (30.09.2014).

E. 16

Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

32-00013/COO.2101.111.4.136155 5 Frankreich, Österreich und Italien sich missbräuchlich verhalten, insbesondere indem sie Geschäftsbeziehungen verweigern

und/oder Handelspartner bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen diskriminieren (Art. 7 Abs. 2 lit. a und lit. b KG). Ebenfalls wurde der Frage nachgegangen, ob Anhaltspunkte für einen Verstoß gegen Art. 5 KG vorliegen, insbesondere dahingehend, ob Abfüller ihren Händlern Vorschriften machten bezüglich einer möglichen Belieferung an in der Schweiz ansässige Abnehmer (Art. 5 Abs. 4 KG).

A.2 Verfahren 10. Gestützt auf den ihr vom [G] mit Schreiben vom 25. Oktober 2012 eingereichten Informationen (vgl. Rz 1) eröffnete das Sekretariat am 6. Dezember 2012 eine Vorabklärung in dieser Sache und sandte gleichentags je einen Fragebogen an die [CH] und an die [D].

11. Ebenfalls am 6. Dezember 2012 informierte die [D] das Sekretariat darüber, dass sie bereit sei, den [G] zu beliefern, wobei sie keine konkreten Lieferpreise nannte. Am darauffolgenden Tag sandte die [D] dem Sekretariat eine Kopie eines Schreibens, welches sie am 4. Dezember 2012 dem [G] hatte zukommen lassen als Antwort auf dessen Anfrage vom 25. September 2012. Dieses Schreiben vom 7. Dezember 2012 wurde vom Sekretariat anstelle der Antwort der [D] auf den Fragebogen vom 6. Dezember 2012 entgegengenommen. 12. Mit Schreiben vom 22. Januar 2013 berichtete die [D] dem Sekretariat, dass der [G] am

E. 21

Dezember 2012 um ein Angebot nachgesucht hatte, welches ihm die [D] mit Schreiben vom 14. Januar 2013 unterbreitete. Zu dieser Offerte äusserte sich der [G] mit Schreiben vom 29. Januar 2013 beim Sekretariat. Dabei kritisierte der [G] insbesondere, dass ihm im Gegensatz zu deutschen Händlern kein Werbebeitrag gewährt wird, von welchem der [G] vermutete, dass er sehr hoch sei.

13. Mit Schreiben vom 7. Februar 2013 stellte das Sekretariat der [D] mehrere Fragen zu den von ihr gewährten Werbebeiträgen. Diese Fragen beantwortete die [D] am 21. Februar 2013. Am 28. Februar 2013 beantwortete die [CH] den Fragebogen des Sekretariats vom 6. Dezember 2012. 14. Am 5. März 2013 empfing das Sekretariat Vertreter des [G] zu einem Gespräch. Am 9. April 2013 informierte der [G] das Sekretariat per Schreiben u.a. darüber, dass er auf seine Offertanfrage vom 22. Januar 2013 an die [A] für den Bezug von Einwegbinden noch keine Antwort erhalten hatte. Auch eine Offertanfrage vom 1. März 2013 an den [Marke]-Abfüller [F] in Frankreich für 50cl-PET-Flaschen blieb gemäss Schilderung des [G] unbeantwortet. Per E-Mail vom 8. Mai 2013 informierte der [G] das Sekretariat, dass er per Schreiben vom 3. Mai 2013 einen abschlägigen Bescheid bezüglich einer Belieferung durch die [A] erhalten hatte. Per E-Mail vom 17. Mai 2013 unterrichtete der [G] das Sekretariat darüber, dass [der Getränkehändler 1] am 8. April 2013 den Lizenzgeber [...], Milano, und am

E. 23

April 2013 den Abfüller [I], um eine Offerte gebeten hatte, wobei [der Getränkehändler 1] bis zum Datum jenes E-Mails noch keine Antwort erhalten hatte.

15. Am 22. Mai 2013 fand in den Räumlichkeiten des Sekretariats ein Gespräch mit Vertretern der [D] statt, [...]. Am 3. September 2013 sandte das Sekretariat der [A] einen Fragebogen bezüglich einer allfälligen Belieferung des [G] aus Österreich sowie einen Fragebogen bezüglich einer allfälligen Belieferung [des Getränkehändlers 1] aus Italien. Gleichentags verschickte es zudem einen Fragebogen an die [...], Belgien (nachfolgend:

[B]), bezüglich eine allfällige Belieferung des [G] aus Frankreich. Beantwortet wurden diese Fragebögen von der [B] am 3. Oktober 2013, von der [I] am 18. November 2013 und von der [A] am 18. November 2013. Am 31. Oktober 2013 antwortete das Sekretariat dem [G] auf dessen E-Mail vom

E. 24

Nach der telefonischen Absage (vgl. Rz 22) antwortete die [D] dem [G] am 4. Dezember 2012 schriftlich auf dessen Anfrage vom 25. September 2012 und äusserte die Bereitschaft, den [G] zu beliefern. Dabei machte sie darauf aufmerksam, dass bei Lieferungen ins Ausland die üblichen Mengenrabatte und Belieferungskonditionen gewährt würden, nicht aber spezielle auf die Marktbearbeitung in Deutschland ausgerichtete Beiträge. Ihrem Schreiben legte die [D] eine Preis- und Sortimentsliste für das Verkaufsgebiet Nord bei, gültig ab 1. Oktober 2012. Gemäss dieser betrug der Listenpreis einer 33cl-MW-Flasche [Marke] [...] Cent.

E. 25

Am 14. Januar 2013 unterbreitete die [D] dem [G] ein Angebot für den Bezug von 33cl-MW-Glasflaschen [Marke] und präzisierte, dass sie dem [G] die Konditionen für Getränkefachgrosshändler gewähren würde, allerdings ohne den sog. „Werbebeitrag“. Für 24 MW-Flaschen [Marke] 33 cl betrug der Listenpreis zum damaligen Zeitpunkt € [...], also [...] Cent pro 33cl-MW-Flasche, nach Abzug verschiedener Vergütungen resultierte ein Preis von € [...] für 24 Flaschen resp. [...] Cent pro 33cl-MW-Flasche.¹⁷

E. 26

Der [G] informierte das Sekretariat mit Schreiben vom 29. Januar 2013 darüber, dass ihre Partnerfirma, [der Getränkehändler 2 in ...], ab Februar 2013 [Marke] in 33cl-MW-Flaschen beim in Deutschland ansässigen Getränkehändler [Getränkehändler 3 in ...] für [...] Cent beziehen könne, ein Preis, der rund [...] Cent günstiger ist als derjenige, welcher dem [G] von der [D] bei Abholung der Waren ab Fabrik offeriert wurde (vgl. Rz 25). Im Jahr 2012 hatte die Partnerfirma des [G] 33-cl-MW-Flaschen [Marke] gemäss Angaben des [G] [...], im Januar 2012 für [...] Cent, von Februar bis April 2012 für [...] Cent und ab Mai 2012 bis Ende Januar 2013 für [...] Cent.

E. 27

Gemäss Auskunft der [D] vom 21. Februar 2013¹⁸ betrug der allgemeine Werbebeitrag [...]. Wäre dem [G] dieser Beitrag ebenfalls gewährt worden, wäre der Preis der [D] für den [G] bei [...] Cent gelegen, und er hätte verglichen mit dem Einkaufspreis beim in Deutschland ansässigen Händler weitere [...] Cent pro Flasche sparen können, wie der Preisvergleich in Tabelle 3 aufzeigt (siehe auch Tabellen 4 und 5 für einen Vergleich mit den Listen- und Bezugspreisen in verschiedenen Nachbarländern der Schweiz 2013). Die [D] erklärte, dass [...].

¹⁷ Diese Vergütungen sind die folgenden: [...]. Alle genannten Preise sind ohne die gesetzliche MwSt.

¹⁸ Diese Auskunft wurde im Rahmen der Beantwortung von am 7. Februar 2013 gestellten Fragen des

Sekretariats gegeben.

32-00013/COO.2101.111.4.136155 8 Tabelle 2: Preis pro 33cl-MW-Flasche [Marke] beim Bezug durch den [G] in Deutschland, 2013 (Basis: Netto/Netto-Preis, LKW-Komplettabholung)

Bezug einer 33cl-MW-Flasche [Marke] ... Preis pro Flasche¹⁹

[Cent] [Rp.]

a) beim Getränkehändler in Deutschland (Stand: Februar 2013)²⁰ [...] [...]

b) direkt beim Abfüller [D], ohne Werbekostenzuschüsse (Offerte [...] [...] an [G] vom 21. Januar 2013)²¹

c) direkt beim Abfüller [D], wenn Werbekostenzuschüsse gewährt [...] [...] würden (Jan./Feb. 2013)

Ersparnis Ersparnis pro Flasche

Differenz: a) – c): zusätzliche Ersparnis zum Bezug beim Ge- [...] [...] tränkehändler, wenn die [D] dem [G] Werbekostenzuschüsse gewähren würde Bemerkung: Preise ohne MwSt.

Quelle: Angaben gemäss der [D] vom 14. Januar 2013 und 21. Februar 2013, dem [G] vom 21. Januar 2013 sowie darauf basierende Berechnungen des Sekretariats.

A.3.2 Bezug aus Österreich

E. 28

Am 22. Januar 2013 (und als Erinnerungsschreiben am 28. Februar 2013) sandte der [G] der [A] ein Schreiben, in welchem er schilderte, dass sie die Eröffnung eines Abholmarktes für Gewerbetreibende planten und gerne lastwagenweise direkt von der [A] Einwegprodukte aus deren Sortiment beziehen würden, wobei sie insbesondere 50cl-PET-Flaschen von [Marke], [Marke] [Varietät 3] und [Marke] [Varietät 2] hervorhoben.²² Den jährlichen Bedarf, den sie der [A] mitteilten, schätzten sie dabei auf [...].

E. 29

Am 3. Mai 2013 schrieb die [A] dem [G], dass sie Gastronomiebetriebe grundsätzlich durch ihre Vertriebspartner beliefern würden. Weiter schilderte sie dem [G] [...].

E. 30

Der [G] schickte dieses Schreiben dem Sekretariat am 8. Mai 2013 als Kopie zu und bemerkte, dass sie von der [A] missverstanden worden waren, und das, obwohl sie der [A] ausdrücklich mitgeteilt hatten, dass sie einen Abholmarkt für Gewerbetreibende eröffnen wollten. Weiter schilderte der [G], dass bei den Einweggebinden, für welche sie eine Offerte verlangt hatten, der Abholgrosshandel sehr verbreitet sei.

¹⁹ Für 2013 betrug der durchschnittliche CHF/EURO-Wechselkurs gestützt auf Daten der SNB

CHF/€ 1.2308. ²⁰ Bezug durch [den Getränkehändler 2].

²¹ Bei einem Bezug von [...].

²² Im Gegensatz zu Deutschland sind [Marke]-50cl-PET-Flaschen in Österreich pfandfrei.

32-00013/COO.2101.111.4.136155 9 31. Am 3. September 2013 sandte das Sekretariat der [A] einen Fragebogen, welchen diese am 18. November 2013 per E-Mail beantwortete. Gemäss deren Antworten [...]23[...]24 [...].

E. 32

Auf eine Frage des Sekretariats zur Belieferung von Kunden in der Schweiz mit kohlen-säurehaltigen Süssgetränken der [X] antwortete die [A], dass sie Anfragen ausserhalb ihres Vertragsgebietes nachkommen würden, wobei sie eine Reihe von Bedingungen aufzählten, die dabei erfüllt sein müssten, u.a. diejenige, dass sie über entsprechende Kapazitäten verfügten. Zur Frage, ob die Kunden solche Produkte an Unternehmen in der Schweiz weiterverkaufen dürften, meinte die [A], [...]. Bezüglich des Schreibens des [G] vom 22. Januar 2013 (vgl. Rz 28) gab die [A] dem Sekretariat zur Auskunft, [...]25 [...]. Sie verwies darauf, dass sie sich vorstellen könnten, eine Vergütung für ab Werk Bezug anzubieten. [...]26 [...].

E. 33

Das Sekretariat informierte den [G] am 27. November 2013 über die Aussagen der [A] bezüglich eine mögliche Belieferung des [G] durch die [A].

A.3.3 Bezug aus Frankreich

E. 34

Am 1. März 2013 schrieb der [G] der [F] und erklärte, dass sie planten, einen Cash & Carry-Getränkemarkt zu eröffnen und sie deshalb interessiert seien, Produkte direkt bei der [F] zu bestellen, insbesondere 50cl-PET-Flaschen [Marke], [Marke] [Varietät 3] und [Marke] [Varietät 2], und zwar in einem geschätzten jährlichen Umfang von [...]. Da der [G] auf die- ses Schreiben keine Antwort erhielt, sandte er am 4. Oktober 2013 ein Erinnerungsschrei- ben. Auch dieses wurde nicht beantwortet.

E. 35

Am 3. September 2013 sandte das Sekretariat der [B], mit Sitz in Brüssel, der Muttergesellschaft der [F], einen Fragebogen (vgl. Rz 15), auf welchen diese am 3. Oktober 2013 antwortete. Ihre Antworten enthielten Angaben zu Listen- und durchschnittlichen Netto/Netto- Abgabepreisen²⁷ einer Reihe von [Marke]-Getränken ([Varietät 1], [Varietät 2] und [Varietät 3]) in verschiedenen Gebinden, die von der [F] verkauft werden (für eine Auswahl hiervon vgl. Tabellen 4 und 5).²⁸ Gemäss diesen Informationen betrug der Listenpreis [...]29, für [Marke] [Varietät 1], [Varietät 2] oder [Varietät 3] in der 33cl-MW-Glasflasche ab 1. Februar 2013 [...] Cent, der durchschnittliche Abgabepreis für 2013 [...] Cent. Bei 50cl-EW-PET be- trug der Listenpreis für dieses Produkt und Händlersegment per 1. Februar 2013 [...] Cent, der durchschnittliche Netto/Netto-Abgabepreis für 2013 abhängig davon, ob [Varietät 1], [Va- rietät 2] oder [Varietät 3], [...]–[...] Cent (vgl. Tabelle 4). Bezüglich Lieferungen in die

23 ARA ist eine Recycling-Abgabe und steht für Altstoff Recycling Austria AG.

24 [...].

25 Depositäre von Brauereien sind solche Verleger.

26 Die [A] schilderte zudem, dass sie [...].

27 Bei den Netto/Netto-Abgabepreisen sind auch nachträgliche Konditionen wie Quartals- oder Jahres-

boni berücksichtigt (vgl. ALEX W INKELMANN, Preise und Konditionen in der Warenwirtschaft, in: Enzyk- lopädie der Wirtschaftsinformatik, Online-Lexikon, Karl

Kurbel, Jörg Becker, Norbert Gronau, Elmar Sinz und Leena Suhl (Hrsg.), <http://www.enzyklopaedie-der-wirtschaftsinformatik.de/wi-enzyklopaedie/lexikon/informationssysteme/Sektorspezifische-Anwendungssysteme/Handel--Anwendungssysteme-im-Warenwirtschaftssystem/Preise-und-Konditionen-in-der-Warenwirtschaft> (09.07.2015)). 28 Listenpreis, inkl. Getränkesteuer, inkl. Contribution Eco-Emballages, ohne MwSt., bei komplettem

LKW, bei PET und Dosen inkl. Lieferung innerhalb des französischen Festlands, bei Pfand-Glasflaschen ab Rampe. Der durchschnittliche Abgabepreis entspricht dem durchschnittlichen Netto-Rechnungspreis ohne MwSt. aber inkl. andere Gebühren, Abgaben und Beiträge. 29 [...]. Die durchschnittlichen Abgabepreise für 2013 für [...] für die in Rz 35 genannten Produkte wa-

ren die folgenden: [Marke] [Varietät 1], [Varietät 2] oder [Varietät 3] im 33cl-MW-Glas [...] Cent, [Marke] [Varietät 1], [Varietät 2] oder [Varietät 3] im 50cl-EW-PET [...] Cent.

32-00013/COO.2101.111.4.136155 10 Schweiz sagte die [B], dass sämtliche Kundengruppen in der Schweiz direkt bei der [F] beziehen könnten. Sie sagte auch, dass sie seit 2011 kein Produkt direkt an Klienten in die Schweiz verkauft hatte und dass Kunden der [F] Produkte der [X] an Unternehmen in die Schweiz verkaufen dürften. Die [B] sagte weiter, dass es gemäss internen Recherchen scheint, dass die [F] das Schreiben des [G] vom 1. März 2013 nicht erhalten hatte. Zudem zeigte sie sich bereit, den [G] zu beliefern.

E. 36

Mit Schreiben vom 10. Oktober 2013 teilte das Sekretariat dem [G] mit, dass die [F] bereit sei, den [G] zu den in ihren allgemeinen Geschäftsbedingungen dargelegten Bedingungen zu beliefern. Am 21. Oktober 2013 antwortete die [F] dem [G] und legte ihrem Schreiben die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der [F] (ab 1. Januar 2013) sowie Listen ihrer [...] (gültig ab 1. Februar 2013) bei. In diesen Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind die Listenpreise verschiedener Produkte enthalten, so auch die in Rz 35 genannten Listenpreise.³⁰ Aus den [...] geht hervor, dass es einen [...] von [...] % auf [Marke] und von jeweils [...] % auf [Marke] [Varietät 3] und [Marke] [Varietät 2] in 50cl-PET-Flaschen gibt, was schliesslich einen Preis von [...] resp. [...] Cent ergibt. Diese Preise liegen somit [...]–[...] Cent über dem durchschnittlichen Netto/Netto-Abgabepreis der [F] für [...] für 2013 (vgl. Fn 29).³¹

E. 37

Gemäss der Preisliste eines französischen Getränkehändlers, [des Getränkehändlers 4], die der [G] dem Sekretariat am 11. November 2013 (zusammen mit der Antwort der [F] vom 21. Oktober 2013) zukommen liess, bot dieser dem [G] im Jahr 2012 50cl-EW-PET-Flaschen [Marke] für [...] Cent, [Marke] [Varietät 2] für [...] Cent und [Marke] [Varietät 3] für [...] Cent an.³² Damit lag der dem [G] vom französischen Getränkehändler offerierte Preis für eine 50cl-EW-PET-Flasche für [Marke] [Varietät 1] [...] Cent, für [Marke] [Varietät 2] [...] Cent und für [Marke] [Varietät 3] [...] Cent unter dem Preis, den die [F] dem [G] im Jahr 2013 für die Belieferung (innerhalb des französischen Festlands) für eine solche Flasche offeriert hatte. [...] der durchschnittliche Netto/Netto-Abgabepreis für 50cl-MW-PET-Flaschen [Marke] im Jahr 2013 gegenüber dem Vorjahr je nach Sorte ([Varietät 1], [Varietät 3], [Varietät 2]) [...] [...]–[...] Cent. Dies legt den Schluss nahe, dass dieser Getränkehändler von der [F] bedeutende Rabatte erhielt, die dem [G] nicht gewährt wurden. Dazu, ob und wenn ja in welcher Art und Höhe die [F] seinen Abnehmern

Werbekostenzuschüsse gewährt, liegen dem Sekretariat allerdings keine Angaben vor.

E. 38

Am 12. November 2013 (und ein diesbezügliches Erinnerungsschreiben am 7. Februar 2014) sandte der [G] ein weiteres Schreiben an die [F] mit einer Reihe von Fragen zu Rabatten und Verkaufsbedingungen und mit dem Hinweis darauf, dass gemäss den Berechnungen des [G] die Preise, die dem [G] von der [F] offeriert worden waren, sehr viel höher seien als jene, welche sie den französischen Grossisten offerierten. Gemäss Auskunft des [G] vom 30. März 2015 hatte dieser bis zum selbigem Zeitpunkt noch keine Antwort hierauf erhalten.

A.3.4 Bezug aus Italien

E. 39

In einem Schreiben vom 23. April 2013 fragte [der Getränkehändler 1] die [I] um eine Offerte für verschiedene [Marke]-Produkte, hauptsächlich für [Marke], [Marke] [Varietät 3] und [Marke] [Varietät 2] in Glasflaschen, PET-Flaschen und Dosen unterschiedlicher Grössen. [Der Getränkehändler 1] erhielt keine Antwort auf ihr Schreiben. Am 18. November 2013, in ihrer Antwort auf den Fragebogen des Sekretariats vom 3. September 2013, sagte 30 Als Geltungsdatum war ab 1. Januar 2013 angegeben.

31 Gemäss der von der [F] dem [G] in seinem Schreiben vom 21. Oktober 2013 beigelegten Rabattliste

(vgl. Rz 36) gibt es für 33cl-MW-Glas [Marke] ([Varietät 1], [Varietät 2] oder [Varietät 3]) für [...]. 32 Die genauen Bedingungen der Offerte sind dem Sekretariat nicht bekannt. 33cl-MW-Glas bot dieser

Getränkehändler dem [G] nicht an. In Tabelle 5 sind stattdessen 33cl-Dosen aufgeführt. Die Preise für diese betragen: [Varietät 1] [...] Cent, [Varietät 3] [...] Cent und [Varietät 2] [...] Cent.

32-00013/COO.2101.111.4.136155 11 die [I], dass sie kein Schreiben [des Getränkehändlers 1] erhalten hatte, erklärte sich aber bereit, diese zu beliefern, wobei sie darauf hinwies, dass die Lieferbedingungen vom Volumen und den Logistikvereinbarungen abhängen würden. Die allgemeinere Frage des Sekretariats dazu, ob Kunden aus der Schweiz kohlenensäurehaltige Getränke von ihr beziehen können, bejahte die [I] ebenfalls. Das Sekretariat berichtete dem [G] am 27. November 2013 in dieser Sache (bezüglich dieses Schreibens siehe auch Rz 18). In einem E-Mail an das Sekretariat vom 8. Februar 2014 schrieb der [G], dass die [I] [dem Getränkehändler 1] nicht geantwortet hatte. Bis am 15. Juli 2014 lagen dem [G] hierzu keine neuen Informationen vor.

E. 40

Die [I] gab dem Sekretariat in ihren Antworten vom 18. November 2013 nebst Informationen zur Belieferung an in der Schweiz ansässige Abnehmer (vgl. vorhergehende Rz) auch Auskunft zu den von ihr verlangten Preisen für verschiedene [Marke]-Produkte. Gemäss Berechnungen des Sekretariats gestützt auf Angaben der [I] betrug der Listenpreis pro 50cl- PET-Flasche [Marke] (im 24er Tray) bei Bezug ab Rampe für das Jahr 2012 (in Klammer: Jahr 2013) für Direktbezüger [...] Cent ([...] Cent), für Grosshändler [...] Cent ([...] Cent).³³ Gemäss Schätzungen der [I] betrug der durchschnittliche Netto/Netto-Abgabepreis 2012 für dieses Produkt für Direktbezüger [...] % des

Listenpreises, also [...] Cent, für Grosshändler [...] % des Listenpreises, also [...] Cent.³⁴ Das Sekretariat fragte die [I] auch zu den Listen- und Netto/Netto-Abgabepreisen von 33-cl-MW-Flaschen [Marke], erhielt hierzu jedoch keine Informationen. Auch auf die Frage zur Höhe allfällig gewährter Werbekostenzuschüsse erhielt das Sekretariat keine konkrete Antwort.

A.3.5 Vergleich von Bezügen aus dem Ausland mit dem Bezug bei der [CH]

E. 41

Nachfolgend soll der Bezug von [Marke]-Getränken aus dem benachbarten Ausland für in der Schweiz ansässige Unternehmen mit einem Bezug beim schweizerischen Abfüller verglichen werden, dies u.a. anhand der Offerten, welche der [G] von Getränkehändlern und Abfüllern im Ausland erhalten hat, aber auch anhand der durchschnittlichen Netto/Netto-Abgabepreise der [X]-Abfüller. Dazu werden in einem ersten Schritt die Preise für verschiedene [Marke]-Produkte in der Schweiz aufgezeigt, in einem zweiten Schritt die Preise bei Anbietern im benachbarten Ausland. Gestützt auf diese Informationen werden in einem dritten Schritt die Preise in der Schweiz mit denjenigen des benachbarten Auslands für [Marke] in der 33cl-MW-Glasflasche und in einem vierten Schritt für [Marke] in der 50cl-EW-PET-Flasche verglichen. Schliesslich wird fünftens ein Fazit zum Bezug von [Marke]-Produkten in der Schweiz verglichen mit einem solchen im benachbarten Ausland gezogen.

A.3.5.1 Bezug von [Marke] in der Schweiz

E. 42

In seinem Fragebogen vom 6. Dezember 2012 an die [CH] erfragte das Sekretariat die Listenpreise als auch die durchschnittlichen Netto/Netto-Abgabepreise für verschiedene [X]-Produkte und Kundensegmente für die Jahre 2011 und 2012. Wie aus den vorhergehenden Ausführungen zu den Bezugsmöglichkeiten von [Marke] in den Nachbarländern der Schweiz hervorgeht (Rz 22–40), zeigte der [G] (resp. [der Getränkehändler 1]) insbesondere Interesse am Bezug von [Marke] in 33cl-MW-Glasflaschen und in 50cl-EW-PET-Flaschen. Im Hinblick auf einen Vergleich der Bezugsmöglichkeiten im In- und Ausland werden deshalb in nachfolgender Tabelle 3 die Listen- und Netto/Netto-Abgabepreise der [CH] für das Jahr 2012 für 33cl-MW-Flaschen und 50cl-EW-Flaschen an [Marke] aufgeführt.³⁵

33 Gemäss Informationen der [I] erhalten Grosshändler [...].

34 Für 2013 machte die [I] keine Schätzung der durchschnittlichen Abgabepreise.

35 Preise zu [Marke] in 33cl-Dosen erfragte das Sekretariat bei der [CH] nicht.

32-00013/COO.2101.111.4.136155 12 Tabelle 3: Bezug von [Marke] bei der [CH], Listenpreise und durchschnittliche Netto/Netto-Abgabepreise, 2012

Bezug von ... durch ... Listenpreis durchschnittlicher Abgabepreis

[Rappen] [Cent] [Rappen] [Cent]

33cl MW Glas

Direktbezüger Horeka [...] [...] [...]–[...] [...]–[...]

Getränkehändler [...] [...] [...]–[...] [...]–[...]

Detailhandel/ Cash & Carry [...] [...] [...]–[...] [...]–[...]

50cl EW PET

Direktbezüger Horeka [...] [...] [...]–[...] [...]–[...]

Getränkehändler [...] [...] [...]–[...] [...]–[...]

Detailhandel/ Cash & Carry [...] [...] [...]–[...] [...]–[...]
Bemerkungen: Preis ab Rampe, bei LKW-Komplettabholungen. Die Listenpreise sind für [Marke], [Marke] [Varietät 2] und [Marke] [Varietät 1] gleich. CHF/Euro-Wechselkurs 2012: 1.2053 gemäss SNB. Quelle: Angaben der [CH] vom 28. Februar 2013 und darauf basierende Berechnungen des Sekretariats.

E. 43

Wie aus Tabelle 3 hervorgeht, betrug der Listenpreis für [Marke] in 33cl-MW-Flaschen in der Schweiz für Getränkehändler im Jahr 2012 [...] Rappen, der effektive Netto/Netto-Abgabepreis, bei einer LKW-Komplett-Abholung [...]–[...] % hiervon, also [...]–[...] Rappen, d.h. [...]–[...] Cent. Für [Marke] in 50cl-EW-PET-Flaschen betrug der Listenpreis für Getränke- händler 2012 [...] Rappen, der effektive Netto/Netto-Abgabepreis [...]–[...] % hiervon, somit [...]–[...] Rappen, d.h. [...]–[...] Cent. Für Detailhändler/Cash & Carry galten für diese Pro- dukte die gleichen Listenpreise, die durchschnittlichen Netto/Netto-Abgabepreise von [Marke] schätzte die [CH] bezüglich die 33cl-MW-Glasflasche [...] ein, bezüglich die 50cl- EW-PET-Flasche [...]. Für Direktbezüger Horeka galten verglichen mit den beiden vorge- nannten Kundensegmenten höhere Listenpreisen, sie erhielten [...]. Gemäss der [CH] wer- den zahlreiche Konditionen in Abzug gebracht, namentlich Umsatzrabatte, Listing Fees, Mar- ketingunterstützungen und Aktionen. Zudem wies sie in ihrem Schreiben vom 28. Februar 2013 darauf hin, dass die [CH] an gewisse Abnehmer Fixbeiträge leistet, die nicht einem ein- zelnem Produkt zugeordnet werden können. Weiter führte sie aus, dass ihre Konditionen und Rabatte u.a. die Marktentwicklung berücksichtigt, welche auf dem Prinzip Leistung und Ge- genleistung beruhe, insbesondere im Bereich der Marktbearbeitung, wie beispielsweise Be- werbungen in Kundenmedien, Zurverfügungstellung von Getränkeköhlern sowie Kommuni- kation auf der Fläche. Angaben zur konkreten Höhe von Werbekostenzuschüssen seitens der [CH] liegen dem Sekretariat nicht vor.

A.3.5.2 Bezug von [Marke] im benachbarten Ausland

E. 44

Die beiden nachfolgenden Tabellen, Tabelle 4 für das Jahr 2013 und Tabelle 5 für das Jahr 2012, geben einen Überblick über die Listenpreise und die durchschnittlichen Netto/Netto-Abgabepreise der [X]-Abfüller im benachbarten Ausland. Weiter enthält Ta- belle 4 Preisinformationen zu Offerten seitens der [X]-Abfüller in Deutschland und Frankreich an den [G] (vgl. Rz 25 und 35) als auch seitens desjenigen deutschen Getränkehändlers,

32-00013/COO.2101.111.4.136155 13 welcher den [G] via [den Getränkehändler 2] beliefert (vgl. Rz 26), während in Tabelle 5 die Preise des vorgenannten deutschen Getränkehändlers als auch die Offerte des französi- schen Abfüllers an den [G] aus dem Jahr 2012 berücksichtigt sind (vgl. Rz 26 und 37).

32-00013/COO.2101.111.4.136155 14 Tabelle 4: Preise [Marke] beim Bezug in Nachbarländern der Schweiz, 2013 [Eurocent]

Bezug bei ... von Listenpreis Durchschnitt. Offerierter Abgabepreis Preis

Abfüller in Deutschland

33cl MW Glas [...] k. A. [...]

Getränkehändler in Deutschland

33cl MW Glas – k. A. [...]36

Abfüller in Frankreich [...], wo Bandbreiten, kein Einheitspreis für [Varietät 1], [Varietät 2] und [Varietät 3].

33cl MW Glas [...] [...] [...]

33cl Dose [...]–[...] [...]–[...] [...]–[...]

50cl EW PET [...] [...]–[...] [...]–[...]

Abfüller in Italien

33cl Dose - an Direktbezüger [...] k. A. k. A. - an Grosshändler [...] k. A. k. A.

50cl EW PET - an Direktbezüger [...] k. A. k. A. - an Grosshändler [...] k. A. k. A.

Abfüller in Österreich

33cl MW Glas - an Direktbezüger Horeka [...] [...]–[...] k. A. - an Depositäre der Brauereien [...] [...]–[...] k. A.

33cl Dose - an Direktbezüger Horeka [...] [...]–[...] k. A. - an Depositäre der Brauereien [...] [...]–[...] k. A.

50cl EW PET - an Direktbezüger Horeka [...] k. A. k. A. - an Depositäre der Brauereien [...] k. A. k. A. Quelle: Angaben von [B], [D], [A], [I], [G] und darauf basierende Berechnungen des Sekretariats. Bemerkungen: Sämtliche Preise ohne MwSt., teilweise nicht direkt vergleichbar (unterschiedlich, welche Abgaben inbegriffen sind, ob ab Rampe etc.). Depositäre der Brauereien sind Verleger=Wieder- verkäufer. EW: Einweg, MW: Mehrweg. Zu den Preisen des Getränkehandlers in Frankreich liegen dem Sekretariat für 2013 keine Daten vor.

36 Preis Februar 2013. Im Januar 2013 betrug der Preis noch [...] Cent (Schreiben des [G] vom 29. Januar 2013).

32-00013/COO.2101.111.4.136155 15 Tabelle 5: Preise [Marke] beim Bezug in Nachbarländern der Schweiz, 2012 [Eurocent]

Bezug bei ... von Listenpreis Durchschnitt. Offerierter Abgabepreis Preis

Getränkehändler in Deutschland

33cl MW Glas – k. A. [...]–[...]37

Abfüller in Frankreich [...]

33cl MW Glas [...] [...] k. A.

33cl Dose [...] [...] k. A.

50cl EW PET [...] [...] k. A.

Getränkeshändler in Frankreich Bandbreiten, da kein Einheitspreis für [Varietät 1], [Varietät 2] und [Varietät 3].

33cl Dose – k. A. [...]–[...]

50cl EW PET – k. A. [...]–[...]

Abfüller in Italien

33cl Dose - an Direktbezüger [...] [...] k. A. - an Grosshändler [...] [...] k. A.

50cl EW PET - an Direktbezüger [...] [...] k. A. - an Grosshändler [...] [...] k. A.

Abfüller in Österreich

33cl MW Glas - an Direktbezüger Horeka [...] [...]–[...] k. A. - an Depositäre der Brauereien [...] [...]–[...] k. A.

33cl Dose - an Direktbezüger Horeka [...] [...]–[...] k. A. - an Depositäre der Brauereien [...] [...]–[...] k. A. Quelle: Angaben von [B], [D], [A], [I], [G] und darauf basierende Berechnungen des Sekretariats. Bemerkungen: Sämtliche Preise ohne MwSt., teilweise nicht direkt vergleichbar (unterschiedlich, welche Abgaben inbegriffen sind, ob ab Rampe etc.). Depositäre der Brauereien sind Verleger=Wiederverkäufer. EW: Einweg, MW: Mehrweg. Sofern nicht anders angegeben, gelten die Preise für [Marke] in den Varianten [Varietät 1], [Varietät 2] und [Varietät 3]. Das Sekretariat verfügt für das Jahr 2012 über keine Angaben zu Preisen des Abfüllers in Deutschland. Zudem liegen dem Sekretariat für 2012 keine Angaben vor zu Preisen des Abfüllers in Österreich bezüglich 50cl-EW-PET [Marke].

E. 45

Anzumerken ist, dass bezüglich des [X]-Abfüllers in der Schweiz Listen- und Netto/Netto-Abgabepreise lediglich für die Jahre 2011 und 2012 vorliegen, nicht aber für das

37 Der Preis änderte sich mehrmals im Jahr 2012, siehe Rz 26.

32-00013/COO.2101.111.4.136155 16 Jahr 2013 (vgl. Rz 41 und Tabelle 3). Somit können die Offerten des deutschen und des französischen [X]-Abfüllers, die beide aus dem Jahr 2013 stammen, nicht mit den Netto/Netto-Abgabepreisen der [CH] aus dem gleichen Jahr verglichen werden.

A.3.5.3 Bezug von 33cl-MW-Glas [Marke]

E. 46

Wie bereits geschildert (vgl. Rz 25), bekam der [G] im Januar 2013 von der [D] ein Angebot zum direkten Bezug von 33cl-MW-Glasflaschen [Marke], allerdings mit der Einschränkung, dass dem [G] keine Werbekostenzuschüsse gewährt werden würden. Bei einem solchen Bezug hätte der Preis pro Flasche [...] Cent betragen. Es zeigte sich, dass es unter dieser Prämisse für den [G] vorteilhafter war, weiterhin via seinen Importeur [Getränkeshändler 2] über einen deutschen Getränkeshändler zu beziehen, und zwar zu einem Stückpreis von [...] Cent ab Februar 2013 (vgl. Rz 26 und Tabelle 2). Verglichen mit

der Offerte des deutschen [X]-Abfüllers fiel der dem [G] offerierte Preis des französischen Abfüllers für das gleiche Produkt mit [...] Cent erheblich höher aus. Der österreichische [X]-Abfüller machte dem [G] kein konkretes Angebot, sagte [...] gegenüber dem Sekretariat, dass [...] (vgl. Rz 31). Die in Tabellen 4 und 5 aufgeführten Depositäre der Brauereien sind solche Verle- ger. Der durchschnittliche Abgabepreis an diese betrug 2012 gemäss Angaben der [A] [...]– [...] Cent, zur konkreten Höhe der Werbekostenzuschüsse, welche in diesem durchschnittli- chen Abgabepreis vermutungsweise schon eingerechnet sind, dem [G] aber nicht gewährt würden, liegen dem Sekretariat keine Informationen vor. Weder Preisofferten noch Abgabe- preise zu 33cl-MW-Glas [Marke] hat das Sekretariat bezüglich den italienischen Abfüller (vgl. Rz 40).

E. 47

Vergleicht man diese Daten mit einem Bezug beim schweizerischen Abfüller zeigt sich Folgendes. 2012 lag der durchschnittliche Abgabepreis für 33cl-MW-Glas [Marke] für Geträn- kehändler bei [...]–[...] Rappen, d.h. bei umgerechnet [...]–[...] Cent (vgl. Tabelle 3). Der Preis, zu dem der [G] [Marke] in 33cl-MW-Glasflaschen bei einem in Deutschland tätigen Ge- tränkehändler beziehen kann, ist somit [...]–[...] Cent ([...]–[...] Rappen) günstiger als derje- nige, dem sich Getränkehändler gegenübersehen, wenn sie bei der [CH] in der Schweiz be- ziehen, gemessen am Preis der [CH] also [...]–[...] % tiefer. Könnte der [G] bei der [D] direkt und inkl. Werbekostenzuschüsse beziehen, könnte er, wie bereits erwähnt (vgl. Rz 27) wei- tere [...] Cent ([...] Rappen), gemessen am [CH]-Netto/Netto-Abholpreis für Getränkehändler also [...]–[...] Prozentpunkte, sparen.

A.3.5.4 Bezug von 50cl-EW-PET [Marke]

E. 48

In Deutschland unterliegen 50cl-EW-PET-Flaschen einem gesetzlichen Pfand von 25 Cent.³⁸ Deshalb interessierte sich der [G] für einen Bezug von 50cl-EW-PET- Flaschen [Marke] aus anderen Nachbarländern der Schweiz, die kein Pfand für EW-PET- Flaschen kennen. Der 2012 vom [G] angefragte Getränkehändler in Frankreich offerierte die- sem 50cl-EW-PET-Flaschen zu einem Stückpreis von [...] Cent für [Marke]- [Varietät 2], [...] Cent für [Marke] [Varietät 1] und [...] Cent für [Marke] [Varietät 3] (vgl. Rz 37), während der französische Abfüller dem [G] diese im Oktober 2013 zu einem Preis von [...] Cent ([Vari- etät 1]) resp. [...] Cent ([Varietät 2], [Varietät 3]) anbot (vgl. Rz 35). Wie bereits geschildert, [...] der österreichische Abfüller [...] (vgl. Rz 31), zur konkreten Höhe des Rabatts auf den Listenpreis einer 50cl-EW-PET-Flasche [Marke], der 2013 [...] Cent betrug, als auch zum durchschnittlichen Netto/Netto-Abgabepreis einer solchen Flasche liegen dem Sekretariat aber keine Angaben vor. Auch der italienische Abfüller von [X]-Produkten erklärte sich bereit, Abnehmer in der Schweiz zu beliefern, für 2013 gab die [I] den Listenpreis von 50cl-MW-PET [Marke] für Grosshändler mit [...] Cent an, den durchschnittlichen Netto/Netto-Abgabepreis

38 Vgl. <de.wikipedia.org/wiki/Flaschenpfand> (05.05.2015).

32-00013/COO.2101.111.4.136155 17 für dieses Kundensegment mit [...] Cent (vgl. 39–40). Zu welchem Preis [der Getränkehänd- ler 1] oder allenfalls auch der [G] konkret beziehen könnten, ist dem Sekretariat nicht be- kannt.

E. 49

Der durchschnittliche Netto/Netto-Abgabepreis von 50cl-EW-PET-Flaschen [Marke] des schweizerischen Abfüllers betrug 2012 für Getränkehändler [...]–[...] Rappen, also [...]–[...] Cent (vgl. Tabelle 3). Verglichen damit waren die Preise, zu welchem der vorgängig er- wähnte französische Getränkehändler dem [G] [Marke] in 50cl-PET-Flaschen anbot, je nach Sorte [...]: für [Marke] [Varietät 1] [...]–[...] Cent [...], für [Marke] [Varietät 2] [...]–[...] Cent [...] und für [Varietät 3]-[Varietät 1] [...]. Die Preise, zu welchen der französische Abfüller dem [G] 2013 50cl-EW-PET-Flaschen [Marke] offerierte, lag für [Marke] [Varietät 1] [...]– [...] Cent und für [Marke] [Varietät 2] und [Varietät 3] [...]–[...] Cent über dem durchschnittli- chem Netto/Netto-Abgabepreis für 2012 des schweizerischen Abfüllers. Geht man davon aus, dass dieser durchschnittliche Netto/Netto-Abgabepreis in etwa der Preis ist, zu welchem der [G] beim schweizerischen Abfüller 2012 und 2013 hätte beziehen können, so hätte sich ein Bezug beim französischen Abfüller [...], [...] ein Bezug beim vorgängig erwähnten franzö- sischen Getränkehändler. Der [G] bezog schliesslich weder beim französischen Abfüller noch beim erwähnten französischen Getränkehändler.

A.3.5.5 Fazit zum Bezug aus dem Ausland verglichen mit Bezug bei der [CH]

E. 50

CSD ist die Abkürzung für carbonated soft drinks. Die Europäische Kommission übersetzt diesen

Begriff mit kohlenensäurehaltigen Erfrischungsgetränken, kurz KEG (vgl. COMP/A.39.116/B2 (2005), Rz 1, Coca-Cola), während die WEKO in ihrem Entscheid Getränke Holding/Coca Cola AG/ Coca Cola Beverages AG von kohlenensäurehaltigen Softdrinks spricht und die Abkürzung CSD für kohlen- säurehaltige Softdrinks inkl. Eistee verwendet (vgl. RPW 2005/1, 118 Rz 59). Ein weiterer Begriff für CSD ist kohlenensäurehaltige Süssgetränke. Nachfolgend wird die Abkürzung CSD nur für kohlenensäure- haltige Softdrinks – und nicht auch für Eistee – verwendet. 51 Vgl. RPW 2005/1, 118 Rz 56–59, Getränke Holding/Coca Cola AG/ Coca Cola Beverages AG. In ihrem Entscheid Heineken/Eichhof grenzte die WEKO einen Markt für den Absatz von CSD (inkl. Eis- tee) in den Horeka-Kanal und einen solchen für den Absatz von CSD (inkl. Eistee) in den Detailhan- delskanal ab (RPW 2008/3, 427 Rz 59 und 430 Rz 86).

32-00013/COO.2101.111.4.136155 21 67. Während, wie vorgehend aufgezeigt (vgl. Rz 66), die WEKO CSD und Eistee zum sel- ben sachlich relevanten Markt zählt, gehören diese beiden Getränkearten gemäss der Euro- päischen Kommission nicht zum selben sachlich relevanten Markt. So schilderte sie in ihrer Entscheidung bezüglich Coca-Cola vom 22. Juni 2005, dass gemäss der vorläufigen Beurtei- lung der Kommission der KEG-Markt der sachlich relevante Markt sei.⁵² Als ausdrücklich ausserhalb dieses sachlich relevanten Marktes wurde Eistee genannt, nebst einer Reihe wei- terer Getränkearten, nämlich abgefülltes Wasser (auch mit Geschmack), Säfte und Nektar, stilles Wasser und Sport- und Energiegetränke.

68. Die Europäische Kommission hat auch erwogen, CSD für die sachliche Marktabgren- zung in weitere Getränkearten zu unterteilen. So ging die Europäische Kommission in Coca- Cola/Amalgamated Beverages GB von einem eigenen sachlich relevanten Markt für das An- gebot an resp. die Belieferung von CSD mit Cola-Geschmack (nachfolgend: Cola-Getränke) aus, liess aber offen, ob und wie der Markt weiter unterteilt werden könnte.⁵³ Die Frage, ob Cola-Getränke und CSD ohne Cola-Geschmack zu unterschiedlichen sachlich relevanten Märkten gehören, liess sie in späteren Entscheiden

offen.⁵⁴ Ebenfalls liess sie offen, ob CSD ohne Cola-Geschmack weiter in verschiedene Geschmacksrichtungen unterteilt werden soll- ten.⁵⁵

69. Nachfolgend wird ein sachlich relevanter Markt für den Absatz von CSD inkl. Eistee in den Gastronomiekanal abgegrenzt. Es ist auch denkbar, diesen sachlichen Markt in Analogie zur Praxis der EU enger abzugrenzen, z.B. in einen Markt, welcher nur CSD und keinen Eis- tee beinhaltet oder in einen Markt, welcher CSD mit Cola-Geschmack von anderen Ge- schmacksrichtungen abgrenzt. So werden vorliegend alternativ auch sachlich relevante Märkte für den Absatz von CSD in den Gastronomiekanal und für den Absatz von CSD mit Cola-Geschmack in den Gastronomiekanal abgegrenzt. Wie in der nachfolgenden Analyse aufgezeigt wird, bleibt das Ergebnis der Analyse der vorliegenden Vorabklärung unabhängig von der Marktabgrenzung dasselbe, weshalb die genaue sachliche Marktabgrenzung schliesslich offen gelassen werden kann.

B.3.1.1.2. Räumlich relevante Märkte

70. Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (in analoger Anwendung von Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU). 71. Wie bereits in Rz 63 erwähnt, stellen insbesondere in der Gastronomie tätige Unter- nehmen, Lebensmittelhandhändler, Grossverbrauchermärkte und Getränkehändler die

52 Dabei nannte sie folgende Geschmacksrichtungen als zu diesem Markt zugehörig: Cola, Orange,

Zitrone und/oder Limone, sonstiger Fruchtgeschmack und Bittergetränke. Vgl. COMP/A.39.116/B2 (2005), Rz 20, Coca-Cola. 53 IV/794 (1997), Rz 23–94. So wurde auch eine weitere Unterscheidung nach drei Absatzkanälen dis-

kutiert: erstens Verkäufe an Detailhandelsunternehmen für den Heimkonsum, zweitens Verkäufe an Pubs und Restaurants für den Konsum an Ort und Stelle und drittens Verkäufe an kleine unabhängige Lebensmittelhändler, multiple CTNs (CTN: Confectionary, Tobacco & News), Tankstellenshops, Cate- ring-Unternehmen und andere. 54 Siehe COMP/M.7057 (2013), 2–3 Rz 8–10, SUNTORY/ GLAXOSMITHKLINE (RIBENA &

LUCOZADE SOFT DRINKS BUSINESS), in welchem es um den Verkauf alkoholfreier Getränke an den Detailhandelssektor ging; COMP/M.2504 (2001), 2–3 Rz 7–12, Cadbury Schweppes plc/Pernod Ricard S.A.; IV/M.833 (1997), Rz 43, The Coca-Cola Company/Carlsberg A/S. 55 Vgl. COMP/M.7057 (2013) 2–3 Rz 8–10, SUNTORY/ GLAXOSMITHKLINE (RIBENA & LUCOZADE

SOFT DRINKS BUSINESS); COMP/M.2504, 3 Rz 11–12, Cadbury Schweppes plc/Pernod Ricard S.A.

32-00013/COO.2101.111.4.136155 22 Marktgegenseite von Herstellern von alkoholfreien Erfrischungsgetränken dar. Dabei bezie- hen sie CSD hauptsächlich bei Anbietern in der Schweiz, in einem eher geringen Umfang fin- den aber auch Bezüge aus dem Ausland statt, bezüglich [Marke] beispielsweise durch den [G] (vgl. Rz 2) oder durch Denner.⁵⁶ Einfuhrzölle fallen beim Import von CSD oder Eistee aus dem EU-Raum nicht an,⁵⁷ dennoch kann die Einfuhr von CSD oder Eistee, nebst der al- lenfalls grösseren Transportdistanz, zusätzlichen Aufwand mit sich bringen, so beispiels- weise aufgrund eines Pflichtpfands im Herstellerland⁵⁸ oder wenn das Produkt neu etikettiert werden muss, z.B. um sicherzustellen, dass es in einer schweizerischen Landessprache an- geschrieben

ist.⁵⁹ Betreffend Getränke für den Gastronomiekanal dürfte ein Direktbezug aus dem Ausland am ehesten für volumenmässig grössere Bezüger, d.h. insbesondere für Getränkegrosshändler, in Frage kommen.

72. In der bisherigen Praxis der WEKO wurden die relevanten Märkte kohlenensäurehaltige Softdrinks inkl. Eistee, Mineralwasser und Fruchtsäfte, jeweils unterteilt in einen Getränkeab- satz an Gaststätten und einen solchen an Privatpersonen zwecks Heimkonsum, national ab- gegrenzt.⁶⁰ Dabei hielt die WEKO fest, dass bei homogenen Wettbewerbsverhältnissen in einem Gebiet dieses Gebiet als räumlich relevanter Markt aufgefasst werden kann, selbst wenn die einzelnen Marktteilnehmer auf der Marktgegenseite die Güter in einem begrenzte- ren räumlichen Gebiet nachfragen.⁶¹ 73. Auch die Europäische Kommission hat in der Vergangenheit Märkte, welche CSD be- treffen, national abgegrenzt.⁶² Als Gründe für eine nationale Marktabgrenzung der CSD- Märkte (d.h. desjenigen für den Haushalts- und den Ausser-Haus-Vertriebskanal) nannte die Europäische Kommission in ihrem Entscheid in Sachen Coca-Cola die je nach Land unter- schiedlichen Konsumgewohnheiten und die Unterschiede bei den Anteilen an den nationalen Märkten.⁶³ Bei Cadbury Schweppes plc/Pernod Ricard S.A. nannte sie eine Reihe von Grün- den, die in vorhergehenden Entscheidungen bezüglich alkoholfreier Getränke für eine natio- nale Abgrenzung genannt worden waren, so Lizenzverträge, welche in der Regel national

56 [...], Neue Zürcher Zeitung, 07.01.2014.

57 Vgl. www.tares.ch, Tarifnummern 2202.1000, welches CSD enthält, sowie 2202.9090, welches Eis-

tee enthält (03.06.2015). 58 Existiert ein solches Pfandfand, muss zur Pfandeinlösung der Rücklauf der Leergebinde zurück ins

Ursprungsland organisiert werden. Dies ist z.B. bei 33cl-Glasflaschen aus Deutschland der Fall, vgl. Rz 22 ff. 59 Gemäss Art. 26 Abs. 4 der Lebensmittel- und Gebrauchsgegenständeverordnung vom 23. Novem-

ber 2005 (LGV; SR 817.02) müssen vorverpackte Lebensmittel in der Regel in mindestens einer Amtssprache abgefasst sein. 60 RPW 2005/1, 118 f. Rz 55 ff., Feldschlösschen Getränke Holding/Coca Cola AG/Coca Cola Bevera-

ges AG. Trotz nationaler Marktabgrenzung sah die WEKO für PepsiCo das Abfüllen von Getränken im Ausland als eine Alternative zur Abfüllung bei Feldschlösschen (vgl. gleicher Entscheid, 121 Rz 82). 61 RPW 2005/1, 118 Rz 61, Feldschlösschen Getränke Holding/Coca Cola AG/Coca Cola Beverages

AG mit Verweis auf RPW 1997/3, 369 Rz 25 ff., Migros/Globus. 62 Vgl. COMP/M.7057 (2013), Rz 30, SUNTORY/ GLAXOSMITHKLINE (RIBENA & LUCOZADE SOFT

DRINKS BUSINESS) für den Angebotsmarkt von Marken-CSD; COMP/A.39.116/B2 (2005), Rz 21– 22, Coca Cola, hier wurden der Markt für den Vertrieb von CSD im Haushalts-Vertriebskanal und der- jenige für den Vertrieb von CSD im Ausser-Haus-Vertriebskanal national abgegrenzt; COMP/M.2504 (2001), 4 Rz 15–16, Cadbury Schweppes plc/Pernod Ricard S.A., hier wurden verschiedene Märkte zu alkoholfreien Getränken frankreichweit abgegrenzt; IV/M.794 (1997), Rz 107, Coca-Cola/ Amalgamated Beverages GB, hier wurde der Markt für Cola-Getränke resp. die Untermärkte hiervon als Grossbritannien umfassend abgegrenzt. 63 COMP/A.39.116/B2

(2005), Rz 22, Coca-Cola. Als weitere Argumente für nationale Märkte nannte sie zudem unterschiedliche Verbraucherpräferenzen, Preisunterschiede und Unterschiede bei Verpackungs- und Recyclingsystemen.

32-00013/COO.2101.111.4.136155 23 abgegrenzte Gebiete umfassen, national gestaltete Vertriebsvereinbarungen, unterschiedliche Konsumpräferenzen in verschiedenen Mitgliedsstaaten, Preisunterschiede zwischen verschiedenen Ländern, hohe Transportkosten relativ zum Produktwert und beschränkte Handelsströme. 74. Gemäss der Verfügung i.S. BMW⁶⁴ besteht der Zweck von Gebietsabsprachen und Parallelimportverboten darin, einen potentiell grossen räumlichen Markt für die Marktgegenseite einzuengen und zu verkleinern. Ist die Abrede erfolgreich, kann die Marktgegenseite Waren oder Dienstleistungen nicht mehr im gesamten räumlichen Markt beziehen. Dabei wirken sich die Abreden in dem Teil des Marktes aus, in welchem sich die von der Abrede betroffene Marktgegenseite befindet. 75. Überträgt man diese Argumentationsweise auf die vorliegenden Märkte für den Absatz von CSD, CSD inkl. Eistee resp. für CSD mit Cola-Geschmack in den Gastronomiekanal, so umfassen diese Märkte – zumindest was die Getränke der [X]-Marken anbelangt – aufgrund der Gegebenheiten des vorliegenden Falles, namentlich die Lizenzverträge und national gestaltete Vertriebsvereinbarungen, die zu Beschränkungen der Handelsströme führen (können),⁶⁵ räumlich nur die Schweiz. Würden solche Regelungen aber nicht bestehen, ist es denkbar, dass Unternehmen in der Schweiz vermehrt CSD aus dem Ausland beziehen würden, was den Schluss zulässt, dass die diesbezüglichen Märkte weiter als schweizweit abzugrenzen sind. 76. Wie bereits erörtert (Rz 71–75), gibt es sowohl Elemente, die für eine nationale Abgrenzung der Märkte bezüglich den Absatz von CSD, CSD plus Eistee resp. CSD mit Cola-Geschmack in den Gastronomiekanal sprechen als auch solche, die auf eine weitere als nationale Marktabgrenzung hinweisen, z.B. für einen räumlichen Markt, der die Schweiz plus seine Nachbarländer oder auch nur die Schweiz und angrenzenden Regionen im benachbarten Ausland (z.B. bezüglich Deutschland Süddeutschland) umfasst. Ob die Märkte für den Absatz von CSD, CSD inkl. Eistee resp. CSD mit Cola-Geschmack in den Gastronomiekanal national oder weiter als national abzugrenzen sind, kann vorliegend offen gelassen werden, weil das Ergebnis der nachfolgenden Analyse unabhängig von der Marktabgrenzung dasselbe bleibt.

B.3.1.2 Marktstellung 77. Mit Ausnahme des in Deutschland tätigen Abfüllers [D] gehören die [X]-Abfüller in der Schweiz und deren Nachbarländern nicht zum [X]-Konzern. Als Konzessionäre der [X] haben sie sich aber an verschiedene Vorgaben der [X] zu halten und profitieren gleichzeitig selbst von der grossen Bekanntheit vieler [X]-Marken. Nachfolgend wird erstens der Frage nachgegangen, ob die [X] und die [X]-Abfüllbetriebe zur Abklärung, ob eine marktbeherrschende Stellung der [X]-Marken in den entsprechenden CSD-Märkten vorliegt, wirtschaftlich als eine Einheit zu betrachten sind (vgl. Art. 4 Abs. 2 KG). 78. Zweitens wird dargelegt, welche Daten zur Abklärung der Marktanteile der [X]-Abfüller resp. der [X]-Marken bezüglich der CSD-Märkte (für die zwei Absatzkanäle Gastronomie und Heimkonsum) vorliegen und wie hoch darauf gestützt die Marktanteile in einem möglichen nationalen Markt als auch in einem Markt, welche die Schweiz plus deren Nachbarländer umfasst, sind.

64 RPW 2012/3, 562 Fn 129, BMW.

65 Insbesondere die Ausgestaltung von Werbekostenzuschüssen, die [...] nur an in [...] Land ansässige

Unternehmen ausbezahlt werden, scheint Parallelimporte zu erschweren und unattraktiver zu machen (zu Werbekostenbeiträgen, vgl. insbesondere Rz 113 ff.).

32-00013/COO.2101.111.4.136155 24 B.3.1.2.1. Kollektive Einheit der [X] und ihrer Abfüller

79. Die in der Schweiz und ihren Nachbarländern tätigen Abfüller von [X]-Getränken gehören zu drei unterschiedlichen Unternehmensgruppen. Zu ein und demselben Konzern gehören, wie bereits in Rz 3 geschildert, der schweizerische Abfüller [CH], der österreichische Abfüller [A] und der italienische Abfüller [I], während, wie in Rz 5 bereits aufgezeigt, der deutsche Abfüller [D] eine Tochter der [X] ist und der französische Abfüller [F] eine Tochter des in Belgien ansässigen Unternehmens [B]. Als Konzessionäre der [X] sind die Abfüller jeweils für die Vermarktung der [X]-Marken in dem Land zuständig, in welchem sie ansässig sind. 80. Gemäss der Entscheidung der Europäischen Kommission vom 22. Juni 2005 in Sachen [Marke] vertrat diese in ihrer vorläufigen Beurteilung die Auffassung, „dass [X] und seine Abfüllbetriebe in einer Reihe von Ländern und Vertriebskanälen kollektiv eine beherrschende Stellung im Sinne von Artikel 82 EGV und Artikel 54 EWRA auf dem KEG-Markt einnehmen.“⁶⁶ Wie sie in ihrer Entscheidung vom 22. Juni 2005 weiter ausführte, beruhte diese Einschätzung darauf, „dass [X] und seine Abfüllbetriebe aufgrund von wirtschaftlichen Verflechtungen, ihrer Entscheidungsfindung, dem von ihnen errichteten Kommunikationssystem und der Art und Weise, wie das [Marke]-System ([X] und seine Abfüllgesellschaften) auf dem Markt auftritt und wahrgenommen wird, auf den KEG-Märkten die Macht zu einem einheitlichen Vorgehen haben⁶⁷, und in wirtschaftlicher Hinsicht [...] gemeinsam als kollektive Einheit auftreten oder handeln⁶⁸.“⁶⁹

81. Die Lizenznehmer der [X] bekommen jeweils voneinander abgegrenzte Gebiete für die aktive Marktbearbeitung zugewiesen und verkaufen im Wesentlichen die gleichen Produkte, die sie aus Konzentraten herstellen, welche von der [X] stammen. Es ist anzunehmen, dass die von den [X]-Abfüllern vertriebenen [X]-Produkte von Konsumenten in der Regel als vom gleichen Konzern stammend wahrgenommen werden, unabhängig davon, von welchem Unternehmen sie abgefüllt werden. Auch die Werbung der [X] und ihrer Abfüllbetriebe trägt dazu bei, dass nicht primär die Abfüllbetriebe vom Konsumenten wahrgenommen werden, sondern die Produkte der [X], unabhängig davon, von welchem Abfüller sie stammen. 82. In Übereinstimmung mit der Entscheidung der Europäischen Kommission in Sachen [Marke] vom 22. Juni 2005 wird deshalb vorliegend davon ausgegangen, dass die [X] und ihre in Rz 79 genannten Abfüller in wirtschaftlicher Hinsicht eine Einheit bilden und so für die Beurteilung bezüglich den Markt für den Absatz von CSD in den Gastronomiekanal, den Markt für den Absatz von CSD plus Eistee in den Gastronomiekanal resp. den Markt für den Absatz von CSD mit Cola-Geschmack in den Gastronomiekanal nicht deren Marktstellung einzeln sondern als kollektive Einheit zu analysieren ist.

B.3.1.2.2. Beurteilung der Marktstellung

83. Wie vorgängig beschrieben (vgl. Rz 82), geht das Sekretariat davon aus, dass für die Beurteilung der Marktstellung in den CSD-Märkten die [X] und ihre Abfüller eine kollektive Einheit bilden. Nachfolgend wird zuerst die Marktstellung der [X] und ihrer

Abfüller bezüglich die CSD-Märkte mit Absatz in den Gastronomiekanal (CSD, CSD inkl. Eistee resp. CSD mit Cola-Geschmack) bei national abgegrenzten Märkten analysiert (Rz 84 ff.), daran anschliessend die Marktstellung der [X] und ihrer Abfüller bei diesen sachlichen Märkten, wenn diese

66 [...].

67 [...]

68 [...]

69 [...]

32-00013/COO.2101.111.4.136155 25 geographisch als die Schweiz und deren Nachbarländer umfassend abgegrenzt werden (Rz 94 ff.).

84. Als konzessionierte Abfüllerin der [X] in der Schweiz produziert und vertreibt die [CH], wie in Rz 4 bereits erwähnt, Getränke der [X], insbesondere CSD wie [Marke], [...] und [...], aber auch Sportgetränke der Marke [...], Energydrinks der Marke [...] und Apfelsaftschorle der Marke [...]. Des Weiteren betreibt die [CH] die [P],⁷⁰ die Mineralwasser als auch aromatisierte Mineralwässer ([...], [...], [...]) herstellt. Zudem stellt die [CH] Eistee ([...]) her.⁷¹ Über 90 % der von ihr vertriebenen Getränke produziert die [CH] in der Schweiz.⁷²

85. Von [X] konzessionierte Abfüller im Ausland dürfen (dagegen) den Schweizer Markt nicht aktiv bewerben (vgl. Rz 5). Parallelimporte von [Marke]-Getränken sind zwar möglich, wie der Import von 33cl-MW-Flaschen [Marke] des [G] aus Deutschland (vgl. Rz 2) und Parallelimporte von Denner (vgl. Fn 56) zeigen, das Ausmass dieser ist aber verglichen mit dem Gesamtkonsum an [Marke] in der Schweiz gering. So entspricht das vom [G] bei der [D] angefragte Volumen weniger als [0–10] % des CSD-Absatzes der [CH] in den Gastronomiekanal.⁷³ Ob man für die Schweiz nur den Marktanteil der [CH] oder denjenigen sämtlicher [X]-Abfüller anschaut, macht deshalb praktisch keinen Unterschied, da in diesem räumlichen Markt bezüglich [X]-Produkten praktisch ausschliesslich die [CH] tätig ist.

86. Nebst der [CH] produzieren eine grössere Anzahl weiterer Unternehmen CSD in der Schweiz resp. bieten CSD im Schweizer Markt an. So werden auf der Homepage des Verbandes Schweizerischer Mineralquellen und Soft-Drink-Produzenten (nachfolgend: SMS) 16 Mitglieder als Erfrischungsgetränkeabfüller aufgeführt, 11 davon sind gleichzeitig auch Mineralwasserabfüller.⁷⁴ Zu den wichtigsten Konkurrenten der [CH] im Bereich CSD in der Schweiz dürften im Gastronomiesektor die [...] ⁷⁵ und im Lebensmittelhandel die zur [...] -Gruppe gehörende [...] (nachfolgend: [...]) gehören. Letztere füllt nebst Mineralwasser auch aromatisierte Mineralwässer, Erfrischungsgetränke (u.a. [...]) und Sirup ab.⁷⁶ Verschiedene Mineralquellen dürften in ihrer Region eine deutlich stärkere Marktstellung haben als in anderen Regionen der Schweiz. Ein Teil dieser stellt auch Erfrischungsgetränke her, so z.B. die [...] und die Mineralquellen [...]. [Marke] dürfte in der Schweiz mit Abstand die höchsten Absätze im Bereich CSD mit Cola-Geschmack aufweisen. Wichtigstes Konkurrenzprodukt zu [Marke] in diesem Markt dürfte [...] sein, weitere in der Schweiz erhältliche Cola-Getränke sind z.B. [...], [...], [...] und Eigenmarken der Detailhändler wie [...].⁷⁷

70 <[www]> (28.10.2014).

71 Vgl. <[www]> (16.10.2014) sowie <[www]> unter Marken (16.10.2014).

72 Vgl. <[www]> (16.10.2014).

73 Aus dem Schreiben des [G] vom 25. Oktober 2012 geht hervor, dass dieser am 25. September

2012 den [X]-Abfüller in [...] angefragt hatte, [...] [Marke] zu beziehen. Bei [...] à 24 33cl-MW- Glasflaschen pro Palette entspricht dies in etwa einem jährlichen Volumen [...] [Marke], also < [0– 10] % des von der [CH] in den Gastronomiekanal abgesetzten Volumens im Jahr 2011 (vgl. Ta- belle 6). 74 [...] (28.10.2014).

75 [...] (20.11.2014).

76 Vgl. [...] (11.06.14).

77 Vgl. [...] (13.10.2015).

32-00013/COO.2101.111.4.136155 26 87. Gemäss SMS wurden in der Schweiz 2013 616 Mio. Liter (2011: 642 Mio. Liter) Erfri- schungsgetränke und Soft-Drinks konsumiert und 549 Mio. Liter (2011: 562 Mio. Liter) Erfri- schungsgetränke und Soft-Drinks produziert. 78 2011 setzte die [CH] [...] Mio. Liter CSD ab,79 was in Relation zu den insgesamt 2011 in der Schweiz konsumierten Erfrischungsgetränken und Soft-Drinks gemäss SMS und korrigiert um aromatisierte Mineralwässer einem Markt- teil in diesem Bereich von [...] % entspricht (vgl. Tabelle 6).80 Damit ist die [CH] die Nummer eins beim schweizweiten Absatz von CSD. Zudem verkaufte die [CH] [...] Mio. Liter Süssge- tränke ohne Kohlensäure, davon [...] Mio. Liter Eistee. Geht man von einem schweizweiten Konsum von Eistee von rund 227 Mio. Liter aus,81 so beträgt der Marktanteil der [CH] bei CSD plus Eistee in der Schweiz rund [...] % (vgl. Tabelle 6).82 Von den [...] Mio. Liter CSD, welche die [CH] 2011 absetzte, waren mit [...] Mio. Liter rund [...] % [Marke]-Getränke. Der schweizweite Marktanteil der [CH] im Markt für CSD mit Cola-Geschmack dürfte deshalb deutlich über demjenigen für CSD als auch über demjenigen für CSD inkl. Eistee liegen, also deutlich über [...] %. Konkrete Angaben zum effektiven diesbezüglichen Marktanteil liegen dem Sekretariat aber nicht vor, da dem Sekretariat weder Daten zum gesamtschweizeri- schen Absatz an CSD mit Cola-Geschmack noch zum gesamtschweizerischen Absatz an CSD mit Cola-Geschmack in den Gastronomiekanal vorliegen.

Tabelle 6: CSD resp. CSD plus Eistee – Absatz und Marktanteile des [Marke]-Abfüllers [CH] in der Schweiz, 2011

Absatzkanäle CSD CSD plus Eistee

[CH] Ge- Ge- samt- samt- Absatz MA markt Absatz MA markt [Mio. [%] [Mio. [Mio. [%] [Mio. Liter] Liter] Liter] Liter]

Absatz insgesamt [...] [...] 625 [...] [...] 851

78 Ohne Eistee, Fruchtsäfte, Nektare, Energydrinks und isotonische Getränke, aber inklusive aromati-

sierte Mineralwässer (siehe <www.erfrischungsgetränke.ch> unter Kennzahlen (21.10.2014)). Ge- mäss SMS sind Erfrischungsgetränke Getränke mit oder ohne Kohlensäure aus Trinkwasser oder na- türlichem Mineralwasser und Fruchtsaft oder Aromen mit oder ohne Zugabe von Zuckerarten, Coffein oder Chinin (vgl.

<www.erfrischungsgetraenke.ch> unter Erfrischungsgetränke> Inhaltsstoffe allgemein (21.10.2014)). 79 Daten der [CH] gemäss ihren Antworten auf den Fragebogen des Sekretariats vom 6. Dezember

2012 (vgl. Rz 10 und 13). Das Sekretariat vermutet, dass die [CH], die sich auf den schweizerischen Markt fokussiert, Süssgetränke [...] in der Schweiz absetzt und damit ihr Gesamtumsatz an CSD in etwa ihrem gesamtschweizerischen Absatz an CSD entspricht. Vermutungsweise nicht in dem von der diesem Umsatz der [CH] für CSD ausgewiesenen Umsatz enthalten sind aromatisierte Mineralwässer. 80 Für die Korrektur wurden Daten für das Jahr 2007 genommen, da dem Sekretariat diesbezüglich

keine neueren Daten vorliegen. 2007 wurden in der Schweiz 16,9 Mio. Liter aromatisierte Mineralwässer produziert und konsumiert (vgl. siehe <www.erfrischungsgetraenke.ch> unter Kennzahlen (21.10.2014)). 81 Gemäss einer Studie der Gesundheitsförderung Schweiz, die sich auf eine Medienmitteilung von

Lipton bezieht, schätzte das britische Marktforschungsinstitut Canadean den Eistee-Verbrauch in der Schweiz 2010 auf 28,5 Liter (Süssgetränke und Körpergewicht bei Kindern und Jugendlichen, September 2013). Nimmt man diesen Pro-Kopf-Verbrauch auch für 2011 an und multipliziert ihn mit der ständigen Wohnbevölkerung der Schweiz per Ende 2011 gemäss dem Bundesamt für Statistik (nachfolgend: BFS) (7'954'662), so ergibt sich ein gesamtschweizerischer Verbrauch bei Eistee von rund 227 Mio. Litern. 82 Die [CH] konnte bei der Befragung durch das Sekretariat (vgl. Rz 10 und 13) [...].

32-00013/COO.2101.111.4.136155 27 Absatzkanäle CSD CSD plus Eistee

[CH] Ge- Ge- samt- samt- Absatz MA markt Absatz MA markt [Mio. [%] [Mio. [Mio. [%] [Mio. Liter] Liter] Liter] Liter]

davon in Hypothese Hypothese - Gastronomiekanal [...]–[...] > [...] k. A. [...]–[...] > [...] k. A. - Heimkonsumkanal [...]–[...] < [...] k. A. [...]–[...] < [...] k. A. Bemerkung: MA steht für Marktanteil. Datenquellen: [CH] (Schreiben vom 28.02.2013 und 16.01.2015), Bundesamt für Statistik BFS, SMS, Gesundheitsförderung Schweiz mit Verweis auf eine Medienmitteilung von Canadean (vgl. Fn 81) und eigene Berechnungen basierend auf diesen Daten und Schätzungen (vgl. Rz 87 ff.). Aufteilung [CH]- Volumen in Gastronomie- und Heimkonsumkanal: [...].83 [...].84 [...].

88. Wie bereits ausgeführt (vgl. u.a. Rz 69), umfassen die sachlich relevanten Märkte bezüglich CSD, CSD plus Eistee und CSD mit Cola-Geschmack nur den Absatz in den Gastro- nomiekanal und nicht den Absatz in sämtliche Kanäle. Wie ebenfalls schon geschildert (vgl. Rz 64), geht das Sekretariat davon aus, dass der Anteil an Markengetränken an sämtlichen Getränken im Gastronomiekanal höher sein dürfte als der Anteil, den Markengetränke an sämtlichen Getränken im Detailhandelskanal erzielen, dies aufgrund des höheren Markenbewusstseins im Gastronomiekanal verglichen mit dem Heimkonsum. So erwerben die Kunden im Horeka-Kanal mit dem Kauf des Getränkes neben dem physischen Produkt zusätzliche Dienstleistungen, was dazu führt, dass der Kaufpreis des Produkts, dessen sich der Gastro- nom gegenübersieht, verhältnismässig weniger gewichtet wird als der Preis des Produkts im Detailhandel.85 Somit ist davon auszugehen, dass die [CH] als Anbieterin starker Marken, allen voran der Marke [Marke], im Horeka-Kanal bei den CSD resp. bei den CSD plus Eistee in der Schweiz einen Marktanteil erreichen dürfte, der über demjenigen liegt, welcher für den Absatz im

schweizweiten Markt für CSD resp. für CSD plus Eistee gilt, somit also über [...] % resp. über [...] % liegt, während für den Heimkonsum genau Umgekehrtes gilt (vgl. Tabelle 6). Wie in Rz 87 erwähnt, geht das Sekretariat davon aus, dass der Marktanteil der [CH] im schweizweiten Markt für CSD mit Cola-Geschmack deutlich über [...] % liegen dürfte. In Berücksichtigung der Annahme, dass Marken-CSD-Getränke im Gastronomiekanal einen höheren Marktanteil haben als im Detailhandel, dürfte der effektive Marktanteil der [CH] beim Absatz von CSD mit Cola-Geschmack in den Gastronomiekanal nochmals höher sein. 89. Die in Tabelle 6 angegebenen Bandbreiten des [CH]-Absatzes von CSD resp. CSD plus Eistee in den Gastronomiekanal einerseits und den Heimkonsumkanal andererseits er-

83 Diese Schätzung des Sekretariats des Sekretariats stützt sich darauf, dass gemäss Distribution von

Feldschlösschen-Hürlimann Bieren (RPW 1999/1, 58 Rz 2–3) Depositäre 60 % ihres Umsatzes in den Gastronomie-Kanal, ca. 20 % an den traditionellen Lebensmitteleinzelhandel und ca. 20 % ihres Umsatzes an Privathaushalte und andere kleinere Kanäle liefern. Von diesen anderen kleinen Kanälen hat das Sekretariat vorliegend für CSD und Eistee die Hälfte zum Gastronomie-Kanal gerechnet. 84 Bezüglich Cash&Carry-Märkte sagte die WEKO in ihrem Entscheid Heineken/Eichhof (RPW 2008/3, 428 Rz 67), dass Abholmärkte und Gastronomiebelieferungsbetriebe 90 % des von ihnen erworbenen Biers an Horeka-Betriebe weiterverkaufen. Diesen Prozentsatz hat das Sekretariat vorliegend auch für CSD und Eistee angenommen. 85 Vgl. RPW 2008/3, 428 Rz 71, Heineken/Eichhof.

32-00013/COO.2101.111.4.136155 28 rechnet das Sekretariat basierend auf Daten der [CH] zur Höhe der volumenbasierten Umsätze mit verschiedenen Kundengruppen als auch basierend auf eigenen Annahmen darüber, zu welchem Anteil diese Kundengruppen jeweils an die Gastronomie liefern resp. der Gastronomie zuzurechnen sind (vgl. hierzu die Erläuterungen zu den Datenquellen unterhalb von Tabelle 6). So flossen nach diesen Berechnungen im Jahr 2011 [...]–[...] Mio. Liter CSD und [...]–[...] Mio. Liter Eistee der [CH], also insgesamt [...]–[...] Mio. Liter CSD plus Eistee, direkt oder indirekt in den schweizerischen Gastronomiekanal (vgl. Tabelle 6).⁸⁶ 90. Während sich der gesamtschweizerische Konsum an CSD resp. CSD inkl. Eistee anhand von Daten der SMS sowie gestützt auf Daten von Canadean, wie vorhergehend aufgezeigt (vgl. Rz 87, Fn 81 und Tabelle 6), gemäss Ansicht des Sekretariats plausibel schätzen lässt, erwies sich die weitere Unterteilung dieses gesamtschweizerischen Konsums in einen Gastronomiekanal und einen solchen für den Heimkonsum für das Sekretariat als ungleich schwieriger. So nimmt die SMS selbst auf ihrer Homepage keine Unterteilung der von ihr publizierten Daten in verschiedene Absatzkanäle vor.⁸⁷ Weiter sah sich die [CH] gegenüber dem Sekretariat gemäss ihrer Antwort vom 28. Februar 2013 auf den Fragebogen des Sekretariats vom 6. Dezember 2012 [...]. 91. Gemäss dem Geschäftsbericht 2013 der [CH]-Gruppe gehen nahezu 38 % aller alkoholfreien, trinkfertigen Getränke in der Schweiz in den Horeka-Kanal.⁸⁸ In diesem Markt dürften nebst CSD auch Eistee, Energydrinks, Sportlergetränke, aromatisierte Mineralwässer, Nektare, Fruchtsäfte und Mineralwasser enthalten sein, wobei Mineralwasser gefolgt von CSD volumenmässig am wichtigsten sein dürften. Unter der Annahme, dass 2011 im Bereich CSD resp. CSD plus Eistee ebenfalls rund 38 % aller Getränke in den Horeka-Kanal gingen, kommt man gestützt auf die in Tabelle 6 angegebenen Gesamtmarktdaten auf einen schweizweiten Horeka-Markt für CSD von 237 Mio. (= 0.38 * 625 Mio.) resp. einen Horeka-Markt für

CSD plus Eistee von 324 Mio. (= 0.38 * 851 Mio.) und somit in Verbindung mit den Daten zum Volumen der [CH] (wiederum aus Tabelle 6) auf einen Marktanteil der [CH] im Horeka-Kanal von [...]–[...] % resp. [...]–[...] %. Diese Annahme dürfte insbesondere dann zu einem passablen Ergebnis führen, wenn der Anteil des Konsums im Horeka-Kanal verglichen mit dem Heimkonsum bei den beiden volumenmässig wichtigsten alkoholfreien, trinkfertigen Getränken – Mineralwasser und CSD – ähnlich ist.⁸⁹ 92. Mit [...]–[...] % für CSD resp. [...]–[...] % für CSD plus Eistee (vgl. Rz 91) fällt die vom Sekretariat basierend auf den Geschäftsbericht 2013 gemachte Schätzung der schweizweitesten Marktanteile der [CH] im Gastronomiebereich etwas tiefer aus als die Marktanteile gemäss der in Rz 88 gemachten Überlegungen, wonach über [...] % aller CSD im Gastronomiekanal in der Schweiz auf die [CH] entfallen und über [...] % aller CSD plus Eistee (vgl. Tabelle 7). Es ist aber zu berücksichtigen, dass die Schätzung auf gewissen Annahmen beruht, welche das Sekretariat empirisch nicht überprüfen konnte. Somit kann die Höhe des Marktanteils der [CH] in der Schweiz beim Absatz für CSD resp. CSD plus Eistee in den

86 Demnach setzte die [CH] im Jahr 2011 [...]–[...] % ihres gesamtschweizerischen Absatzes an CSD und [...]–[...] % ihres gesamtschweizerischen Absatzes an CSD plus Eistee im Gastronomiekanal ab. ⁸⁷ www.erfrischungsgetraenke.ch (12.08.2015).

88 <www> (13.08.2015).

89 Abweichungen hiervon könnte es geben, wenn z.B. im Restaurant eher Mineralwasser, zuhause da-

gegen Leitungswasser getrunken wird und so der Anteil des insgesamt konsumierten Mineralwassers, welches in den Horeka-Kanal geht, grösser ist als 38 %. Dies würde dazu führen, dass das Volumen an CSD, welches im Gastronomiekanal konsumiert wird, eher zu hoch geschätzt wäre und so wiederum der Marktanteil der [CH] in diesem Bereich zu tief geschätzt wäre. Abweichungen könnte es aber auch geben, wenn im Horeka-Kanal der Anteil an CSD verglichen mit Mineralwasser höher ist als im Heimkonsumkanal, dann würde das Volumen an CSD, welches im Gastronomiekanal konsumiert wird, eher unterschätzt.

32-00013/COO.2101.111.4.136155 29 Gastronomiekanal, welcher für die Beurteilung, ob eine Marktbeherrschung der [X] und dessen Abfüllbetriebe (insbesondere der [CH]) in der Schweiz vorliegt, notwendig ist, in der vorliegenden Vorabklärung nicht abschliessend geklärt werden. Tabelle 7: Absatz der [CH] von CSD resp. CSD + Eistee in den Gastronomiekanal, 2011

Schätzung/Hypothese CSD, CSD plus Eistee, Gastronomiekanal Gastronomiekanal

Gesamt- Marktanteil Gesamt- Marktanteil markt [CH] markt [CH] [Mio. Liter] [%] [Mio. Liter] [%]

Schätzung basierend auf Ge- 237 [...]–[...] 324 [...]–[...] schäftsbericht 2013 der [Y]

Hypothese zur starken Marke k. A. > [...] k. A. > [...] (vgl. Rz 88 und Tabelle 6)
Datenquellen: Vgl. Rz 87 und 91, Fn 78–82 und 88 sowie Tabelle 6.

93. Bei der Beurteilung, ob eine marktbeherrschende Stellung zweier Zusammenschlussparteien vorliegt, führte die WEKO aus, dass nicht nur die Höhe der Marktanteile der Zusammenschlussparteien entscheidend sind, sondern auch wie hoch diese im Verhältnis

zu denjenigen der Konkurrenten sind.⁹⁰ Dem Sekretariat liegen keine konkreten Angaben zu den Marktanteilen der Konkurrenten der [CH] beim schweizweiten Absatz von CSD resp. CSD plus Eistee in den Gastronomiekanal vor. Zu den nach der [CH] nächstgrösseren Wettbewerbern in diesen Märkten dürften die [...] Gruppe mit [...] und die [...] gehören (vgl. Rz 86). Das Sekretariat vermutet, dass die grössten Wettbewerber der [CH] in diesen Märkten ein deutlich kleineres Volumen absetzen als die [CH]. Der Umstand, dass die [CH] im schweizerischen Gastronomiekanal in diesen Märkten vermutungsweise viel grösser ist als sein nächstgrösster Konkurrent, verstärkt das Argument, dass [X] eine marktbeherrschende Stellung beim Absatz von CSD resp. CSD inkl. Eistee in den Gastronomiekanal haben könnte. Auch zu den Marktanteilen und/oder Volumina der Konkurrenten beim Absatz von CSD mit Cola-Geschmack in den Gastronomiekanal liegen dem Sekretariat keine konkreten Angaben vor. Nach [Marke] dürfte [...] das zweitmeistverkaufte CSD mit Cola-Geschmack im schweizerischen Gastronomiekanal sein. Das Sekretariat vermutet, dass dabei der Marktanteil von [...] deutlich kleiner ist als derjenige von [Marke]. So ist [Marke] in vielen Restaurants das einzige CSD mit Cola-Geschmack, und das Sekretariat geht davon aus, dass nur eine Minorität der Gastronomiebetriebe in der Schweiz kein [Marke] anbieten. 94. Geht man für diese sachlichen Märkte jeweils von einem räumlichen Markt aus, der die Schweiz und seine Nachbarländer umfasst, so sind für die Berechnung des Marktanteils von [X]-Getränken im Absatzkanal Gastronomie in diesem Gebiet die Volumina sämtlicher [X]-Abfüller in diesem Gebiet zu addieren (vgl. Rz 79 ff.) und in Relation zur Gesamtvolumina an CSD, CSD inkl. Eistee resp. CSD mit Cola-Geschmack, der in diesem Gebiet im Gastronomiekanal abgesetzt wird, zu setzen. Gemäss der Europäischen Kommission betragen die Marktanteile der [X]-Marken im Jahr 2003 in den CSD-Märkten u.a. in Deutschland, Frankreich, Italien und Österreich [...] % und waren zudem mehr als doppelt so hoch wie die Marktanteile der nächstfolgenden Wettbewerber.⁹¹ Gestützt auf Angaben der [W] betrug der

90 RPW 2006/2, 254 Rz 57, Swisscom Fixnet AG - Cybernet (Schweiz) AG, mit Verweis auf ROGER

ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Auflage, Bern 2005, 385. 91 [...]. Dabei wurden der Haushalts- und Ausser-Haus-Vertriebskanal bei CSD jeweils als eigenständige sachliche Märkte angenommen (Rz 21 desselben Entscheids).

32-00013/COO.2101.111.4.136155 30 Marktanteil der [I] in Italien (sämtliche Absatzkanäle) für 2013 bei CSD inkl. Eistee [...] % und bei CSD [...] %.⁹² Zu Deutschland, Frankreich und Österreich liegen dem Sekretariat keine vergleichbaren Daten vor. Zu den Marktanteilen von [Marke] im Bereich CSD mit Cola-Geschmack liegen dem Sekretariat keine Angaben für die Nachbarländer der Schweiz vor. 95. Das Sekretariat vermutet zwar, dass die [X] und ihre Abfüller mit den [X]-Marken nach wie vor der stärkste Wettbewerber in den CSD-Märkten in Deutschland, Frankreich, Italien und Österreich sind. Allerdings kann das Sekretariat aufgrund fehlender Daten keine Schätzung zur Höhe des Marktanteils der [X] und ihrer Abfüllbetriebe (als kollektive Einheit) im CSD-Markt, im CSD plus Eistee-Markt resp. im Markt für CSD mit Cola-Geschmack im Allgemeinen und in den Absatzkanälen Gastronomie und Heimkonsum im Speziellen vornehmen. 96. Auch im Gebiet, welches die Schweiz und ihre Nachbarländer umfasst, dürften die [X]-Marken und ihre Abfüller wie in der Schweiz selbst gemäss Einschätzung des Sekretariats Marktführer im Bereich des Absatzes von CSD resp. CSD plus Eistee in den

Gastronomiekanal sein. Das Sekretariat vermutet, dass die nächstgrössten Konkurrenten der [X]-Abfüller in diesem Gebiet beim Absatz von CSD resp. CSD plus Eistee in den Gastronomiekanal deutlich kleiner sind als die [X] und ihre Abfüller zusammen, hat hierzu aber keine konkreten Angaben. Ebenso dürfte [Marke] beim Absatz von CSD mit Cola-Geschmack in den Gastronomiekanal in vorgenanntem geographischen Gebiet Marktführer sein und deren Konkurrenten deutlich kleiner. Wiederum liegen dem Sekretariat hierzu aber keine konkreten Angaben vor. Sollte die in dieser Rz gemachte Einschätzung des Sekretariats aber zutreffen, so verstärkt dies das Argument einer möglichen Marktbeherrschung seitens der [X]-Abfüller resp. der [X]-Abfüller in diesen Bereichen und besagtem Gebiet (vgl. Rz 93). 97. Wie bereits in Rz 82 erwähnt, geht das Sekretariat davon aus, dass die [X] und ihre Abfüllbetriebe eine wirtschaftliche Einheit bilden und so deren Marktstellung zusammen als kollektive Einheit zu betrachten ist. Die Frage, ob sie als kollektive Einheit in der Schweiz resp. in einem Gebiet, welches grösser ist als die Schweiz und z.B. auch ihre Nachbarländer umfasst, beim Absatz von CSD, CSD plus Eistee und/oder CSD mit Cola-Geschmack in den Gastronomiekanal im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG marktbeherrschend sind, kann, wie vorgehend ausgeführt, aufgrund der ungenügenden Datenlage vorliegend nicht abschliessend beantwortet werden, auch wenn die Indizien eher für eine marktbeherrschende Stellung sprechen. Es ist jedoch davon auszugehen, dass die [X] und ihre Abfüllbetriebe als kollektive Einheit in der Schweiz resp. in einem Gebiet, welches die Schweiz und ihre Nachbarländer umfasst, eine Marktmacht im Sinne von Art. 2 des Preisüberwachungsgesetzes⁹³ innehaben. Die Frage nach der Marktbeherrschung kann vorliegend offen gelassen werden, weil, wie in nachfolgendem Abschnitt B.3.2 aufgezeigt wird, keine ausreichenden Hinweise auf einen Missbrauch einer möglichen marktbeherrschenden Stellung seitens der [X] und ihrer Abfüllbetriebe im Markt für den Absatz von CSD resp. CSD plus Eistee in den Gastronomiekanal in der Schweiz resp. im Gebiet der Schweiz und ihrer Nachbarländer vorliegt. Aus gleichem Grund kann die Frage der Marktbeherrschung auch bezüglich des Marktes für den Absatz von CSD mit Cola-Geschmack in den Gastronomiekanal für diese Gebiete offen bleiben.

B.3.2 Unzulässige Verhaltensweisen

98. Gemäss der Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG verhalten sich marktbeherrschende Unternehmen unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere

92 Eigene Berechnungen basierend auf Daten, welche folgendem Dokument entnommen wurden:

DIMITRIS LOIS, [[www](#)] (23.04.2015). Errechnet wurden die Marktanteile anhand von Volumendaten (unit cases). Eine Differenzierung nach Heim- und Ausser-Haus-Konsum erlauben die Daten dieses Dokuments leider nicht. 93 Preisüberwachungsgesetz vom 20. Dezember 1985 (PüG; SR 942.20).

32-00013/COO.2101.111.4.136155 31 Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen. Es kann zwischen einem sog. Behinderungsmissbrauch und einem sog. Benachteiligungs- bzw. Ausbeutungsmissbrauch unterschieden werden.⁹⁴ 99. Ein Behinderungsmissbrauch liegt vor, wenn andere Unternehmen (i.d.R. aktuelle oder potenzielle Konkurrenten; in einem ersten Schritt aber auch andere Marktteilnehmer) in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert werden.⁹⁵ Demgegenüber wird bei einem Benachteiligungs- bzw.

Ausbeutungsmisbrauch die Marktgegenseite (d.h. Lieferanten oder Abnehmer des marktbeherrschenden Unternehmens) benachteiligt, indem dieser aus- beuterische Geschäftsbedingungen oder Preise aufgezwungen werden. Einen typischen Aus- beutungsmisbrauch stellt deshalb die Erzwingung von Preisen oder sonstigen Geschäftsbe- dingungen i.S.v. Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG dar.⁹⁶ Während Behinderungssachverhalte ihrem Wesen nach wettbewerbsbezogen sind, spielen sich Ausbeutungssachverhalte im wettbe- werbsfreien Raum ab, und zwar gegenüber der anbietenden oder nachfragenden Marktge- genseite.⁹⁷ Anzumerken ist, dass gewisse Verhaltensweisen von marktbeherrschenden Unter- nehmen zugleich hindernd und benachteiligend (ausbeutend) sein können.⁹⁸ 100. In Art. 7 Abs. 2 KG hat der Gesetzgeber eine nicht abschliessende Liste von Verhal- tensweisen aufgestellt, die das Verbot von Art. 7 Abs. 1 KG veranschaulichen bzw. konreti- sieren soll. Die Tatbestände von Art. 7 Abs. 2 KG indizieren jedoch nicht per se eine unzu- lässige Verhaltensweise; es müssen vielmehr immer die Kriterien der Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG erfüllt sein, damit ein Missbrauch vorliegt. Wie das Bundesgericht im Fall „Publigroupe“ festgehalten hat, ist im Einzelfall anhand eines dualen Prüfungsmusters zu eruieren, ob ein unzulässiges Verhalten bzw. ein Missbrauch vorliegt:⁹⁹ In einem ersten Schritt ist zu prüfen, ob eine Verhaltensweise nach Art. 7 Abs. 2 KG eine Behinderung bzw. Benachteiligung i.S.v. Art. 7 Abs. 1 KG darstellt. In einem zweiten Schritt sind mögliche Rechtfertigungsgründe (sog. legitimate business reasons) zu prüfen. 101. Vorliegend kommt ein Benachteiligungs- bzw. Ausbeutungsmisbrauch seitens der [X] und ihrer Abfüllgesellschaften (als kollektive Einheit) im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. a KG, also aufgrund der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen, und/oder von Art. 7 Abs. 2 lit. b KG, d.h. aufgrund der Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Ge- schäftsbedingungen, in Frage. Nachfolgend wird geprüft, ob Anhaltspunkte für diesbezügli- che missbräuchliche Verhaltensweisen vorliegen, wobei zuerst auf Art. 7 Abs. 2 lit. a KG und danach auf Art. 7 Abs. 2 lit. b KG eingegangen wird.

B.3.2.1 Art. 7 Abs. 2 lit. a KG 102. Nach Art. 7 Abs. 2 lit. a KG fällt die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (z.B. die Liefer- oder Bezugssperre) als unzulässige Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Un- ternehmens in Betracht.¹⁰⁰ Die Liefersperre setzt neben der beherrschenden Stellung des

94 RPW 2010/1, 166 Rz 322, Preispolitik Swisscom ADSL; vgl. auch BGE 139 I 72, E. 10.1.1 (= RPW

2013/1, 130 f. E. 10.1.1), Publigroupe SA et al./WEKO. 95 BGE 139 I 72, E. 10.1.1. (= RPW 2013/1, 130 f. E. 10.1.1), Publigroupe SA et al./WEKO, m.w.H.;

vgl. auch Botschaft KG 1995, BBl 1995 468, 569. 96 BGE 139 I 72, E. 10.1.1. (= RPW 2013/1, 130 f. E. 10.1.1), Publigroupe SA et al./WEKO, m.w.H.

97 Vgl. Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 313 f. E. 11.1.1 und E. 11.1.2, Swisscom (Schweiz) AG/WEKO.

98 Vgl. BGE 139 I 72, E. 10.1.1. (= RPW 2013/1, 130 f. E. 10.1.1), Publigroupe SA et al./WEKO,

m.w.H. Zu verschiedenen Typen des Missbrauchs gemäss Art. 7 KG, vgl. auch MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 7 KG N 41 ff.. 99 BGE 139 I 72, E. 10.1.2. (= RPW 2013/1, 131 E. 10.1.1), Publigroupe SA et al./WEKO, m.w.H.

100 Vgl. RPW 2011/1, 144 Rz 307, SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC) mit Ver-

weis auf BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 98), Art. 7 KG N 97.

32-00013/COO.2101.111.4.136155 32 Anbieters auf dem relevanten Markt voraus, dass 1) dieser sich weigert, Geschäftsbeziehungen zu unterhalten, 2) der verweigerter Input für die Geschäftstätigkeit des nachfragenden Unternehmens objektiv notwendig ist, um auf einem nachgelagerten Markt wirksam konkurrieren zu können, 3) die Verweigerung wettbewerbsbehindernde Effekte zeitigt, und 4) die Verweigerung nicht durch Legitimate Business Reasons (Effizienzgründe) gerechtfertigt werden kann.¹⁰¹ Nachfolgend wird geprüft, ob diese vier Tatbestandsmerkmale in casu vorliegen.

B.3.2.1.1. Geschäftsverweigerung

103. Erforderlich ist zunächst, dass das marktbeherrschende Unternehmen ein Geschäft verweigert und dies dem nachfragenden Unternehmen direkt oder indirekt kommuniziert. Eine direkte Geschäftsverweigerung liegt vor, wenn die Anfrage explizit abgelehnt bzw. mit der Ablehnung derselben gedroht wird.¹⁰² Eine indirekte Geschäftsverweigerung kann vorliegen bei Ausweichmanövern, Verzögerungsstrategien oder der Auferlegung unangemessener Geschäftsbedingungen (wie z.B. bei exzessiv hohen Preisen), welche auf eine Geschäftsverweigerung hinauslaufen ("Constructive Refusal to Deal").¹⁰³ 104. Gestützt auf Aussagen von [X]-Abfüllern gegenüber dem Sekretariat [...] grundsätzlich bereit, Abnehmer in der Schweiz zu beliefern (vgl. Rz 140).¹⁰⁴ [...] die [I] mit Schreiben vom 18. November 2013 die Frage des Sekretariats [...], ob sie bereit sei, [den Getränkeshändler 1] zu beliefern. Auch der [X]-Abfüller in Deutschland, die [D], zeigte mit seinem Lieferangebot an den [G] seine Bereitschaft, Kunden in der Schweiz zu beliefern (vgl. Rz 140). Zudem machte auch die [F] ein Lieferangebot an den [G] (vgl. Rz 35). Folglich scheidet eine direkte Geschäftsverweigerung aus und es fragt sich, ob eine indirekte Geschäftsverweigerung vorliegt.

105. Die Frage, ob das Verhalten von [einem oder mehreren [X]-Abfüllern im benachbarten Ausland], [welcher/welche] Werbekostenzuschüsse zwar ihren Kunden im eigenen Land [gewährt/gewähren], nicht aber Kunden in der Schweiz, als (indirekte) Geschäftsverweigerung zu qualifizieren ist, kann vorliegend offen gelassen werden, da das Kriterium der objektiven Notwendigkeit des Inputs, wie nachfolgend aufgezeigt wird (Rz 106 ff.), nicht erfüllt ist.

B.3.2.1.2. Objektive Notwendigkeit des Inputs

106. Die Verweigerung eines Inputs ist insbesondere dann problematisch, wenn er für ein Unternehmen objektiv notwendig ist, um auf einem Markt wirksam konkurrieren zu können. Dies bedeutet nicht, dass ohne den verweigerten Input kein Wettbewerber in der Lage wäre, auf dem nachgelagerten Markt zu überleben oder in diesen einzutreten. Ein Input ist vielmehr dann als notwendig anzusehen, wenn es für Wettbewerber auf dem nachgelagerten

101 Vgl. RPW 2014/1, 257 Rz 313, Swatch Group Lieferstopp; RPW 2011/1, 144–145 Rz 308,

SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC); BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 98), Art. 7 KG N 122 m.V.a. BGE 129 II 497 E.6.5.2 und E.6.5.3 (= RPW 2003/4, 925 ff. E. 6.5.2 f.), Entreprises Electriques Fribourgeoises

(EEF)/Watt Suisse AG, Fédération des Coopératives Migros, Commission de la concurrence, Commission de recours pour les questions de concurrence. 102 BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 98), Art. 7 KG N 124.

103 Vgl. RPW 2014/1, 124 Rz 105, Verbändevereinbarung Erdgas Schweiz; RPW 2011/1, 92 RZ 39,

Switch/Switchplus; RPW 2011/1, 145 Rz 309, SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC); RPW 2000/4, 566 f. Rz 36 ff., Watt/Migros - EBL; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 98), Art. 7 KG N 124. 104 Der Antwort der [I] vom 18. November 2013 ist zu entnehmen, dass diese sämtliche Kundengrup-

pen beliefert. Auch die [F] beliefert gemäss Auskunft der [B] vom 3. Oktober 2013 sämtliche Kunden- gruppen in der Schweiz.

32-00013/COO.2101.111.4.136155 33 Markt kein Substitut gibt, das diese verwenden könnten, um die negativen Folgen der Ver- weigerung wenigstens langfristig aufzufangen (z.B. durch Duplizierung des Inputs).105

107. Wie bereits geschildert, kann der [G] (via [den Getränkeshändler 2]) [Marke]-Produkte bei einem deutschen Händler beziehen und dies im Jahr 2013 zu einem Preis, welcher sowohl unter demjenigen bei einem Direktbezug beim Abfüller in der Schweiz als auch unter demjenigen bei einem Direktbezug beim [X]-Abfüller Deutschland (ohne Werbekostenzuschüsse) lag, wobei der Preis, zu dem der [G] beim deutschen Händler bezog, dadurch beeinflusst wurde, dass dieser Händler einen Teil seiner Werbekostenzuschüsse an den [G] weitergab (vgl. Rz 26 f. sowie Tabelle 2). Ginge man also davon aus, dass eine indirekte Ge- schäftsverweigerung vorliegt, weil [einer oder mehrere ausländischen Abfüller] dem [G] nicht die gleichen Konditionen (keine Werbekostenbeiträge) [anbietet/ anbieten] wie [seinen/ihren] Abnehmern im eigenen Land, so besteht doch immerhin eine Alternativquelle, bei dem ein Bezug möglich ist, welcher preislich 2013 [...] Cent pro 33cl-MW-Glasflasche [Marke] höher war als bei einem Direktbezug bei der [D] inkl. Werbekostenzuschüsse, und welcher es dem [G] erlaubt, indirekt einen Teil der Werbekostenzuschüsse seitens der [D] zu erhalten (vgl. oben, Rz 25–27). Es ist zudem denkbar, dass der [G] bei der Nichtgewährung von Werbe- kostenzuschüssen bei einem Direktbezug bei [...] wiederum via einen Händler im gleichen Land beziehen kann und so wiederum einen gewissen Preisvorteil gegenüber einem Direkt- bezug ohne Werbekostenzuschüsse erlangt.106 108. Selbst wenn eine indirekte Geschäftsverweigerung [einer oder mehrerer [X]-Abfüller in den zur Schweiz benachbarten Ländern] gegenüber dem [G] vorliegen sollte, so hat letzterer mit dem indirekten Bezug über einen in Deutschland ansässigen Getränkeshändler eine Alter- nativquelle, bei welcher er [X]-Produkte beziehen kann, und dies zu einem Preis, welcher ihm indirekt den Erhalt eines Teils der Werbekostenzuschüsse ermöglicht, die die [D] eigent- lich nur für im eigenen Land ansässige Abnehmer vorgesehen hat. Der [G] verfügt somit über ein Substitut für [Marke] in 33cl-MW-Glasflaschen, die direkt vom [X]-Abfüller (inkl. Wer- bekostenzuschüsse) bezogen werden. Dieses Substitut erlaubt es dem [G], die allfälligen ne- gativen Folgen der Verweigerung von Werbekostenzuschüssen bei Direktbelieferung seitens [einer oder mehrerer [X]-Abfüller im benachbarten Ausland] zu verringern. Somit ist das Kri- terium der objektiven Notwendigkeit des Inputs nicht gegeben, was wiederum bedeutet, dass eine Verweigerung von Geschäftsbeziehungen gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. a KG nicht gegeben ist.

105 Vgl. RPW 2014/1, 257 Rz 319, Swatch Group Lieferstopp; RPW 2011/1, 149 Rz 332 und Fn 316,

SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC), m. Hinw. auf die Mitteilung der Kommission — Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG- Vertrags auf Fälle von Behinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABl. C 45 vom 24.2.2009 (nachfolgend: Mitteilung zu Art. 82 EGV), Rz 83 [sic! Rz 82], sowie auf BSK KG- AMSTUTZ/CARRON (Fn 101), Art. 7 KG N 125. Zu letzteren Autoren bemerkt die WEKO in SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC), dass diese zu streng sind und sie verlangen, dass die wirtschaftliche Tätigkeit des Wettbewerbers ohne den Input unzumutbar oder unmöglich sein muss und dass dies in dem Sinne verstanden werden könnte, dass alle Wettbewerber vom nachgelagerten Markt ausgeschlossen werden müssen. Weiter wird ausgeführt, dass ein solches Erfordernis dazu führen würde, dass nur noch die Wettbewerbsbeseitigung, nicht aber die Wettbewerbsbehinderung erfasst würde, was dem Wortlaut von Art. 7 KG widerspricht. 106 Eine solche (teilweise) Weitergabe an Werbekostenzuschüssen ist allerdings nur dann allenfalls zu

erwarten, wenn die Werbekostenzuschüsse zumindest teilweise nicht für effektive Aufwendungen seitens des Händlers gezahlt werden. Konkrete Zahlen zur Höhe von Werbekostenzuschüssen von [mehreren [X]-Abfüllern im zur Schweiz benachbarten Ausland] liegen dem Sekretariat nur von der [D] vor. Zwar wurden auch die [X]-Abfüller in Frankreich, Italien und Österreich und der Schweiz zur Höhe der Werbekostenbeiträge vom Sekretariat befragt, [...] (vgl. Rz 32, 37, 40, 43).

32-00013/COO.2101.111.4.136155 34 B.3.2.1.3. Wettbewerbsbehinderung und legitimate business reasons

109. In Bezug auf allfällige legitimate business reasons sei lediglich vermerkt, dass [...] angegeben hatte, Lieferengpässe gehabt zu haben ([...]). Mangelnde Lieferkapazitäten können eine Lieferverweigerung rechtfertigen.¹⁰⁷ Dies gilt aber nicht in jedem Fall. So wurden beim Entscheid Gaba und Gebro die vorgebrachten Kapazitätsengpässe, die kurzfristiger Natur waren, nicht als Rechtfertigungsgrund angesehen.¹⁰⁸ Vorliegend kann die Frage, ob die von [...] angegebenen Lieferengpässe [...] rechtfertigten, offen gelassen werden, da die objektive Notwendigkeit des Inputs nicht gegeben ist (vgl. Rz 106–107). Aus gleichem Grunde kann auch die Prüfung des Tatbestandsmerkmals Wettbewerbsbehinderung unterbleiben.

B.3.2.1.4. Fazit zu Art. 7 Abs. 2 lit. a KG

110. Da das Kriterium der objektiven Notwendigkeit des Inputs nicht gegeben ist (vgl. Rz 108), bestehen keine Anhaltspunkte für eine missbräuchliche Geschäftsverweigerung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. a KG seitens der [X] und der [X]-Abfüller.

B.3.2.2 Art. 7 Abs. 2 lit. b KG

111. Art. 7 Abs. 2 lit. b KG besagt, dass sich ein marktbeherrschendes Unternehmen unzulässig verhält, wenn es Handelspartner bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen diskriminiert. Gemäss dieser Bestimmung sind marktbeherrschende Unternehmen an das Gleichbehandlungsgebot gebunden. Der Tatbestand setzt kumulativ folgende Merkmale voraus: 1) eine Ungleichbehandlung (Diskriminierung), 2) die Betroffenheit von Handelspartnern, 3) die Ungleichbehandlung muss gemäss Art. 7 Abs. 1 KG andere Unternehmen in der

Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern (Behinderungstatbestand) oder die Marktgegenseite benachteiligen (Ausbeutungstatbestand), und 4) die Abwesenheit von legitime business reasons.¹⁰⁹ Nachfolgend wird analysiert, ob der Umstand, dass [einer oder mehrere [X]-Abfüller im zur Schweiz benachbarten Ausland] Unternehmen in der Schweiz im Gegensatz zu Unternehmen im eigenen Land keine Werbekostenzuschüsse [gewährt/ge-währen], als Diskriminierung und somit Missbrauch einer allfälligen marktbeherrschenden Stellung gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. b KG zu werten ist.

B.3.2.2.1. Diskriminierung 112. Die Diskriminierung kann sich aus den Vertragsbedingungen oder aus dem Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens ergeben.¹¹⁰ Eine Diskriminierung kann bei der Un- gleichbehandlung gleicher Sachverhalte, aber auch bei der Gleichbehandlung ungleicher Sachverhalte gegeben sein. Wendet das marktbeherrschende Unternehmen auf gleichartige Sachverhalte ein unterschiedliches Verhalten oder unterschiedliche Vertragsbedingungen an, so handelt es sich um eine direkte Diskriminierung. Wendet es hingegen auf unterschied- liche Sachverhalte eine gleichartige Verhaltensweise oder gleichartige Vertragsbedingungen

107 BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 101), Art. 7 KG N 132 m.V.a. BGE 129 II 497 (= RPW 2003/4, 925 ff.), Entreprises Electriques Fribourgeoises (EEF)/Watt Suisse AG et al. 108 Dies wurde auch vom Bundesverwaltungsgericht bestätigt. Vgl. Urteil des BVGer, RPW 2013/4,

798 E. 13.6.3, Gaba International AG/WEKO. 109 Vgl. RPW 2012/3, 467 Rz 73, Erdgas Zentralschweiz AG m.V.a. RPW 2011/1, 178 Rz 484 f.,

SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC); RWP 2008/4, 590 Rz 224, Tarifverträge Zu- satzversicherung Kanton Luzern; vgl. auch BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 101), Art. 7 KG N 198 ff. 110 BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 101), Art. 7 KG N 205.

32-00013/COO.2101.111.4.136155 35 an, so spricht man von indirekter Diskriminierung.¹¹¹ Ein mögliches Diskriminierungsmittel kann z.B. darin bestehen, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen das Kriterium der Herkunft benutzt, um zu versuchen, seine Position durch die Ausnutzung lokaler oder regio- naler Faktoren zu stärken.¹¹² Dies geschieht vor dem Hintergrund, dass die Kunden eines bestimmten geografischen Raumes aus historischen, kulturellen oder wettbewerblichen Gründen bereit sein können, mehr zu bezahlen als solche eines anderen Gebiets.¹¹³ Eine der häufigsten Formen der Diskriminierung ist diejenige, welche auf den Preis oder dessen Bestandteile ausgerichtet ist.¹¹⁴ Sie kann sich aber auch auf andere Geschäftsbedingungen beziehen, z.B. auf mehr oder weniger umfassende verkaufsfördernde Unterstützung oder die Verpflichtung einen Zwischenhändler beizuziehen.¹¹⁵ Um zu entscheiden, ob ungleiche Ge- schäftsbedingungen vorliegen, ist zu untersuchen, ob die Geschäftsbedingungen für das marktbeherrschende Unternehmen unterschiedliche Einkünfte generieren.¹¹⁶ 113. [...]. Dem Sekretariat liegen keine konkreten Informationen dazu vor, ob die [X]-Abfüller in Frankreich und Italien dem [G] resp. [dem Getränkehändler 1] Werbekostenzuschüsse zahlen würden, da diese entsprechende Fragen des Sekretariats nicht beantwortet haben (vgl. Rz 37 und 40). [...]. Zur konkreten Höhe der Werbekostenzuschüsse liegen dem Sekre- tariat von [...] nur Daten der [D], d.h. des Abfüllers in Deutschland, vor (vgl. Rz 27 und 108).¹¹⁷ In nachfolgender Tabelle 8 wird aufgezeigt, wie hoch die Ersparnis des [G] bei einem Bezug von [Marke] in 33cl-MW-Glasflaschen beim Getränkehändler in

Deutschland als auch bei einem hypothetischen Direktbezug bei der [D] mit Werbekostenzuschüssen für 2013 in etwa war und wie hoch diese Ersparnis verglichen mit einem Bezug beim Abfüller in der Schweiz ausfiel.

Tabelle 8: Ersparnis pro 33cl-MW-Glasflasche [Marke] bei Bezug in Deutschland, 2013

Lieferant Ersparnis verglichen mit Bezug beim Abfüller in der Schweiz

absolut prozentual [Rappen] [%]

a) Bezug beim Getränkehändler in Deutschland [...]–[...] [...]–[...]

111 Vgl. RPW 2012/3, 467 Rz 72, Erdgas Zentralschweiz AG; RPW 2011/1, 178 Rz 486 f.,

SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC) m.V.a. RWP 2008/4, 590 Rz

224, Tarifver- träge Zusatzversicherung Kanton Luzern u.w.Hinw.; BSK

KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 101), Art. 7 KG N 205 f. und 211. 112 BSK

KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 101), Art. 7 KG N 212 m.V.a. Urteil des EuGH vom

14.2.1978, C-

27/76, Slg. 1978 207 ff. Rz 208 ff., United Brands/Kommission. 113 BSK

KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 101), Art. 7 KG N 212.

114 BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 101), Art. 7 KG N 213.

115 BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 101), Art. 7 KG N 214 m.V.a. RPW 1999/1, 57 ff.

Rz 27 f. Distribu-

tion von Feldschlösschen-Hürlimann Bieren. Bei seiner Vorabklärung Distribution von

Feldschlöss- chen-Hürlimann Bieren hielt das Sekretariat fest, dass das Verhalten der

Feldschlösschen-Hürlimann- Holding (FHH), welche einem Gross-Depositär den

Direktbezug der Biere ab Brauerei verweigerte, obschon er die Kriterien für einen

Direktbezug erfüllte und ihn stattdessen an seine direkten Konkur- renten verwies, als

Diskriminierung eines Handelspartners im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. b KG angese- hen

wurde (RPW 1999/1, 62 Rz 27). 116 BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 101), Art. 7 KG

N 209.

117 Sie befragte aber auch die [X]-Abfüller der anderen Nachbarländer der Schweiz hierzu (vgl. Rz 31,

37 und 40).

32-00013/COO.2101.111.4.136155 36 Lieferant Ersparnis verglichen mit Bezug beim Abfüller in der Schweiz

absolut prozentual [Rappen] [%]

b) Hypothetischer Bezug beim Abfüller in Deutsch- [...]–[...] [...]–[...] land bei Gewährung von Werbekostenzuschüs- sen

c) = a) – b) [...] [...]–[...] Bemerkungen: Berechnungen basierend auf den in Tabelle 2 und 3 gemachten Angaben. Sämtliche Preise ohne MwSt.

114. Durch den Bezug beim Getränkehändler in Deutschland konnte der [G] 2013 pro 33-cl- MW-Glasflasche [Marke] verglichen mit einem Bezug beim Abfüller in der Schweiz ge- schätzte [...]–[...] Rappen¹¹⁸ und somit [...]–[...] % sparen.¹¹⁹ Dabei konnte der [G] davon profitieren, dass der Getränkehändler ihm einen Teil der Werbekostenzuschüsse,

welche er von der [D] erhalten hatte, weitergab. Denn während der [G] bei einem Direktbezug bei der [D] keinerlei Werbekostenzuschüsse bekommt, erhalten Händler in Deutschland diese auch dann, wenn sie die Ware später an einen ausländischen Abnehmer weiterverkaufen, und es steht den Händlern in Deutschland frei, ausländische Abnehmer an den Werbekostenzuschüssen teilhaben zu lassen. Diese Werbekostenzuschüsse betragen im Februar 2013 [...] Cent pro 33cl-MW-Glasflasche [Marke]. Hätte der [G] diese zu jenem Zeitpunkt ebenfalls bekommen, hätte er verglichen mit einem Bezug beim Abfüller in der Schweiz schätzungsweise [...]–[...] Rappen und somit [...]–[...] % sparen können. Verglichen mit dem indirekten Bezug via den Getränkeshändler in Deutschland hätte der [G] also zusätzliche [...] Rappen sparen können, was rund [...]–[...] % des Preises des Abfüllers in der Schweiz für Getränkeshändler entspricht. 115. Es ist davon auszugehen, dass [...]. So schreibt die [D], dass Werbekostenzuschüsse an Geträgkeshändler in Deutschland gewährt werden (vgl. Rz 27). [...] beim französischen und italienischen Abfüller geht das Sekretariat davon aus, dass diese zwar Werbekostenzuschüsse an einheimische Abnehmer, nicht aber an schweizerische Abnehmer gewährt werden (vgl. Rz 113). So gibt es vermutlich eine je nach geographische Lage des Abnehmers klar unterschiedliche Vorgehensweise [...] bezüglich die Gewährung von Werbekostenzuschüssen. Geht man davon aus, dass es sich beim Bezug von schweizerischen Abnehmern einerseits und Abnehmern, die aus dem gleichen Land stammen wie der [X]-Abfüller andererseits, um gleichartige Lagen handelt, die Werbewirkung (für welche der Abfüller Werbekostenzuschüsse bezahlt) bei beiden Typen von Abnehmern für den Abfüller also gleichwertig ist, liegt somit eine direkte Diskriminierung vor. 120 Geht man aber davon aus, dass es sich bei einem Bezug durch einen Abnehmer in der Schweiz und einem solchen aus dem gleichen Land wie der [X]-Abfüller aufgrund der unterschiedlichen Wirkung der Werbemaßnahmen um unterschiedliche Lagen handelt, läge keine (indirekte) Diskriminierung vor,

118 Der Euro-Preis beim Händler in Deutschland wurde mit dem durchschnittlichen Euro-CHF-Kurs für

das Jahr 2013 umgerechnet, während die Preise der [CH] sich auf das Jahr 2012 beziehen (da dem Sekretariat keine solchen für 2013 vorliegen). 119 Dies unter der Annahme, dass die Bezugspreise bei der [CH] für Getränkeshändler Anfang 2013

gleich blieben wie für das Jahr 2012. Vgl. Tabelle 3. 120 Vgl. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 101), Art. 7 KG N 206.

32-00013/COO.2101.111.4.136155 37 da unterschiedliche Geschäftsbedingungen auf nicht gleichartige Situationen angewendet werden.121

116. Um beantworten zu können, welche Situation vorliegt und ob es eine Diskriminierung geben könnte, wäre eine Bewertung darüber notwendig, ob und wenn ja inwieweit die Werbekostenzuschüsse tatsächlich den geleisteten Werbemaßnahmen resp. dem Nutzen aus den geleisteten Werbemaßnahmen entsprechen. Dabei müsste diese Bewertung sowohl für Abnehmer, die aus dem gleichen Land wie der Abfüller sind, als auch für Abnehmer außerhalb dieses Landes vorgenommen werden. Gemäss Auskunft der [D] vom 21. Februar 2013 (vgl. Rz 13) [...]. Als Indiz dafür, dass die Werbekostenbeiträge der [D] höher ausfallen als die für den Grosshändler entstehenden Werbekosten, ist der Umstand zu werten, dass der Grosshändler in Deutschland, bei welchem der [G] resp. dessen Importeur [Marke]-Produkte bezieht, einen Teil der von ihm erhaltenen Werbebeiträge an den [G]

wie an andere Abnehmer auch weitergibt (vgl. Rz 26 und 107). 117. In der Literatur lassen sich Hinweise finden, dass dem Lebensmittelhandel gewährte Werbekostenzuschüsse oftmals nicht den geleisteten Werbeaufwendungen entsprechen. So beschreibt die finnische Wettbewerbsbehörde FCA, dass viele Hersteller beobachten, dass dem Handel Werbekostenzuschüsse bezahlt werden müssen, selbst wenn sie nicht davon ausgehen, dass dies dem Marketing ihres Unternehmens und ihrer Produkte zu Gute kommt.¹²² Eine Studie der österreichischen Wettbewerbsbehörde zum Lebensmittelhandel zeigt auf, dass die Ergebnisse der Befragungen von Lieferanten durch die Wettbewerbsbehörde ergaben, dass nur wenige Lieferanten angeben konnten, für welche konkreten Werbemaßnahmen die Leistung eines Werbekostenzuschusses erfolgte.¹²³ 118. Wie bereits weiter vorne geschildert, liegen dem Sekretariat [...] zur Wirkung von Werbekostenzuschüssen, also dazu, ob und wenn ja inwieweit die Werbekostenzuschüsse für [Marke] in 33cl-MW-Glasflaschen tatsächlich den geleisteten Werbemaßnahmen resp. dem Nutzen aus diesen geleisteten Werbemaßnahmen entsprechen, von keinem [...] konkrete Daten vor, und nur vom Abfüller in Deutschland hat das Sekretariat Kenntnis zur Höhe der für dieses Produkt gewährten Werbekostenzuschüsse (vgl. Rz 27 und 113). Es liegen demnach keine ausreichenden Informationen zur Beantwortung der Frage vor, ob das Merkmal der Diskriminierung, welcher für das Vorliegen eines Tatbestands gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. b KG erfüllt sein muss, vorliegt, weshalb diese Frage vorliegend offen gelassen werden muss.

B.3.2.2.2. Betroffenheit von Handelspartnern

119. Weiter muss sich die Diskriminierung gegen Handelspartner richten, die im Verhältnis zum Marktbeherrscher auf einer vor- oder nachgelagerten Wirtschaftsstufe tätig sind.¹²⁴ Bei den Handelspartnern muss es sich nicht um formelle Vertragspartner handeln, sondern es

121 Vgl. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 101), Art. 7 KG N 211.

122 TOM BJÖRKROTH, HELI FROSTERUS, MILLA KAJOVA, EIJA PALO, Study on Trade Groceries: How does

Buyer Power Affect the Relations Between the Trade and Industry?, Finnish Competition Authority, FCA reports 1/2012, 47. Siehe auch OECD, Competition Issues in the Food Chain Industry, DAF/COMP(2014)16, 15.05.2014, 124. 123 Allgemeine Untersuchung des österreichischen Lebensmittelhandels unter besonderer Berücksich-

tigung des Aspekts der Nachfragemacht: Zusammenfassung, Wien, im Juni 2007, Bundeswettbewerbsbehörde, 18. Sie stellte sich denn auch die Frage, ob es sich bei Werbekostenzuschüssen nicht nur um ein allgemeines Preiszugeständnis handle. 124 Vgl. RPW 2014/1, 126 Rz 116, Verbändevereinbarung Erdgas Schweiz m.V.a. Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29.6.2012, RPW 2013/1, 132 E. 10.2.2, Publigroupe SA et al./WEKO; RPW 2012/3, 468 Rz 78, Erdgas Zentralschweiz AG m.V.a. RPW 2011/1, 180 Rz 492, SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC) m.V.a. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 101), Art. 7 KG N 215.

32-00013/COO.2101.111.4.136155 38 reicht, dass über einen Leistungsaustausch verhandelt wird.¹²⁵ Vorliegend handelt es sich beim [G] resp. [dem Getränkeshändler 2] und [einem oder mehreren ausländischen [X]-Abfüllern] nicht um formelle Vertragspartner, allerdings haben sich letztere bereit erklärt, den [G] unter bestimmten

Bedingungen zu beliefern, womit das Tatbestandsmerkmal der Betroffenheit von Handelspartnern erfüllt sein dürfte.

B.3.2.2.3. Wettbewerbsbehinderung und -benachteiligung

120. Auch bei vorliegendem Tatbestandsmerkmal der Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen ist im Einzelfall zu prüfen, ob eine Ungleichbehandlung von Handelspartnern eine Behinderung bzw. Benachteiligung im Sinne des Art. 7 Abs. 1 KG darstellt.¹²⁶ Das Verhalten [einer oder mehrerer [X]-Abfüller im zur Schweiz benachbarten Ausland], [welcher/welche] Getränkegrosshändlern in der Schweiz im Gegensatz zu Getränkegrosshändlern im eigenen Land keine Werbekostenzuschüsse [gewährt/gewähren], könnte insbesondere bezwecken, den Parallelimport zu behindern, so dass Getränkegrosshändler in der Schweiz [X]-Produkte v.a. beim Abfüller in der Schweiz beziehen, und dies zu höheren Preisen, als es bei Erhalt von Werbekostenzuschüssen im benachbarten Ausland möglich wäre. Mit einem solchen Verhalten können die [X] und [einer oder mehrere ihrer Abfüller] allenfalls die Marktgegenseite benachteiligen. Deshalb geht das Sekretariat davon aus, dass, wie bereits in Rz 101 bemerkt, vorliegend ein Ausbeutungsmissbrauch gemäss Art. 7 Abs. 1 lit. a KG in Frage kommt. Anzumerken ist, dass gemäss Tschudin in Bezug auf die Ausbeutung nicht die allfällige Ungleichbehandlung ausschlaggebend ist, sondern, ob das marktbeherrschende Unternehmen durch überhöhte Preise eine Monopolrente abschöpfen kann bzw. die Marktgegenseite missbräuchlich schröpft.¹²⁷ Weiter ist anzumerken, dass die Verhaltensweise der Diskriminierung gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. b KG in der Praxis oft wenn nicht gar überwiegend mit einem möglichen Behinderungsmissbrauch und nicht oder nicht nur mit einem Ausbeutungsmissbrauch in Verbindung gebracht wird.¹²⁸ Ein Grund hierfür ist, dass die Diskriminierung oft von vertikal integrierten Unternehmen angewandt wird, mit dem Ziel, ihre Wettbewerber auf der vor- oder nachgelagerten Stufe zur Ebene, auf welcher sie marktbeherrschend sind, zu behindern.¹²⁹ Dieser Grund liegt beim vorliegenden Sachverhalt, welcher auf einen möglichen Missbrauch hin zu untersuchen ist, aber nicht vor.¹²² Zur Beantwortung der Frage, ob die [X] und [einer oder mehrere ihrer Abfüller] Getränkegrosshändlern in der Schweiz durch die allfällige Diskriminierung dieser Getränkehändler tatsächlich überhöhte Preise verlangen, durch welche sie eine Monopolrente abschöpfen können (vgl. Rz 120), liegen dem Sekretariat in der vorliegenden Vorabklärung keine ausreichenden Daten vor. Diese zu beschaffen und/oder auszuwerten, wäre gemäss Einschätzung des Sekretariats mit erheblichem Aufwand verbunden. So liegt der Fokus der nachfolgenden

125 Vgl. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 101), Art. 7 KG N 215.

126 Vgl. RPW 2014/1, 126 Rz 117, Verbändevereinbarung Erdgas Schweiz.

127 Vgl. TSCHUDIN, MICHAEL, Diskriminierung als kartellrechtlicher Aufgreiftatbestand, in: Jusletter,

25. März 2013, Rz 26. 128 Gemäss dem Entscheid SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC) ist der Diskrimi-

nierungstatbestand von Art. 7 Abs. 2 lit. b KG den Behinderungssachverhalten zuzuordnen, wenn gleich beim Entscheid Publikation von Arzneimittelinformationen bezüglich den Diskriminierungstatbestand von Wettbewerbsnachteilen gesprochen wurde. Vgl. RPW 2011/1, 180 Rz 492 und Fn 482, SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)

m.V.a. BGVer, Urteil vom 24. Februar 2010, Swisscom gg. Weko i.S. Terminierungspreise im Mobilfunk (B-2050/2007), E. 11.1.1. und RPW 2008/3, 399 Rz 140, Publikation von Arzneimittelinformationen, und weiteren Verweisen. Vgl. auch RPW 2012/3, 468 Rz 81, Erdgas Zentralschweiz AG. 129 Vgl. TSCHUDIN (Fn 127), Rz 27.

32-00013/COO.2101.111.4.136155 39 Analyse darin, aufzuzeigen, ob und wenn ja inwieweit der [G] und [der Getränkehändler 2] in ihrer Funktion als Getränkegrosshändler gegenüber anderen Getränkegrosshändlern einen Wettbewerbsnachteil erleiden. 123. Die Frage, ob eine Wettbewerbschädigung nachgewiesen werden muss oder ob diese per se aufgrund des diskriminierenden Verhaltens vorliegt, ist in der Lehre umstritten. 130 Nach der ersten Auffassung wird verlangt, dass der von der Diskriminierung betroffene Handelspartner im Vergleich zu seinen Konkurrenten einen Wettbewerbsnachteil erleidet. Gestützt auf die zweite Auffassung ist für die Beurteilung, ob ein Wettbewerbsnachteil vorliegt, auf die konkreten Umstände auf den von der Diskriminierung betroffenen Märkten abzustellen. Nach der dritten Auffassung wird von einer Diskriminierung automatisch auf einen Wettbewerbsnachteil geschlossen. 131

124. Der [G] ist ein Arbeitgeberverband mit rund 500 Mitgliedern¹³² und kein klassischer Getränkehändler. So importiert er die von ihm angepriesenen Produkte, nämlich [Marke] in 33cl-MW-Flaschen, Schweppes in 20cl-MW-Flaschen und das Fassbier Maximilians, nicht selbst, sondern via [...].¹³³ Zudem handelt es sich bei den von ihm auf seiner Homepage beworbenen Getränken nur um einige wenige ausgewählte Produkte, sein Sortiment ist somit deutlich kleiner als das eines typischen (selbst kleinen) Getränkehändlers. Zielgruppe für eine Belieferung mit diesen Produkten dürften dabei die Mitglieder des [G] sein, wenngleich sich möglicherweise auch Nicht-Mitglieder mit diesen parallelimportierten Getränken beliefern lassen dürfen.

125. Nebst den vorgenannten parallelimportierten Getränken [...]¹³⁴ und [...]. Wenngleich der [G] selbst kein klassischer Getränkehändler ist, offerierte die [D] im Januar 2013 die von diesem angefragte Menge an 33cl-MW-[Marke]-Flaschen, nämlich [...], zu Konditionen für Getränkefachgrosshändler in Deutschland (ohne Werbekostenzuschüsse) (vgl. Rz 25). Somit dürfte die vom [G] benötigte und von seinem Importeur in die Schweiz eingeführte Menge an 33cl-MW-[Marke]-Flaschen die Mindestmenge für Getränkefachgrosshändler erfüllen. Dagegen ist davon auszugehen, dass keiner der [...] mit importierter [Marke] belieferten Gastronomen direkt bei der [D] beziehen kann. In dieser Hinsicht ist ein kleiner bis mittelgrosser Gastronom in der Schweiz einem kleineren bis mittelgrossen Gastronom in Deutschland gleichgestellt, letzterer kann vermutungsweise ebenfalls nicht direkt bei der [D] beziehen und kauft so üblicherweise wohl bei einem Getränkefachhändler ein. 126. [...]. Doch gemäss Einschätzung des Sekretariats ist nicht nur der [G] von dieser Nichtgewährung von Werbekostenzuschüssen durch [einen oder mehrere [X]-Abfüller im benachbarten Ausland] betroffen. Auch sämtliche anderen Abnehmer in der Schweiz dürften wohl, sofern sie nicht Teil eines Konzerns sind, welcher auch [...] tätig ist, von [diesem Abfüller/diesen Abfüllern] bei einem allfälligen Bezug keine Werbekostenzuschüsse erhalten. So sind der [G] resp. [der Getränkehändler 2] zwar gegenüber Abnehmern [in einem oder mehreren Nachbarländern der Schweiz] diskriminiert, vermutungsweise nicht aber gegenüber ihren direkten Konkurrenten in der Schweiz, insbesondere anderen Getränkehändlern in der Schweiz, die bei einem allfälligen Bezug bei diesen Abfüllern vermutungsweise ebenfalls keine Werbekostenzuschüsse erhalten würden.

127. Das Sekretariat geht davon aus, dass Getränkehändler in der Schweiz fast ausschliesslich mit Unternehmen in der Schweiz im Wettbewerb stehen und der Wettbewerb aus

130 BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 101), Art. 7 KG N 217 ff.

131 BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 101), Art. 7 KG N 218.

132 Vgl. <[...]> (19.08.2015).

133 Vgl. <[...]> (19.08.2015). 134 Vgl. [...] (19.08.2015) sowie [...] (19.08.2015).

32-00013/COO.2101.111.4.136155 40 dem Ausland, sofern vorhanden, gering ist, der Getränkehandel absatzseitig räumlich also maximal schweizweit abzugrenzen wäre. Deshalb ist auch davon auszugehen, dass die von der allfälligen Diskriminierung betroffenen Handelspartner [einer oder mehrerer der im benachbarten Ausland ansässigen [X]-Abfüller], vorliegend der [G] resp. [der Getränkehändler 2] und allfällige weitere Abnehmer in der Schweiz, im Vergleich zu ihren (aktuellen) Konkurrenten keinen Wettbewerbsnachteil im Sinne einer Behinderung erleiden und so eine Wettbewerbsschädigung gemäss der ersten in Rz 123 aufgeführten Auffassung nicht vorliegt. Allerdings führt diese Praxis zu höheren Preisen in der Schweiz, was auf eine Ausbeutung hindeuten könnte. 128. In der Lehre gibt es aber auch, wie bereits geschildert, die Auffassung, dass von einer Diskriminierung automatisch auf einen Wettbewerbsnachteil zu schliessen ist (vgl. Rz 123). Wie bereits in Rz 116 dargelegt, kann das Sekretariat vorliegend nicht ausschliessen, dass das Merkmal der Diskriminierung vorliegt. Berücksichtigt man zudem, dass das Kriterium „Betroffenheit von Handelspartnern“ erfüllt sein dürfte (vgl. Rz 119), so kann vorliegend gemäss dieser Auffassung ein Tatbestand gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. b KG nicht ausgeschlossen werden, sofern man von der Möglichkeit absieht, dass legitime business reasons bestehen, die eine Abweichung vom Gleichbehandlungsgebot rechtfertigen könnten (zu letzterem Punkt, vgl. Rz 131 ff.). 129. Anzumerken ist, dass im Fall Kodak das Bundesgericht der Auffassung war, dass substantielle Preisunterschiede im Vergleich zum Ausland ein Indiz für ein missbräuchliches Verhalten sein können. So ist dem Entscheid folgendes zu entnehmen, wobei anzumerken ist, dass sich diese Aussage auf Art. 7 Abs. 2 lit. c KG bezog: "Dabei ist grundsätzlich davon auszugehen, dass ein wesentlicher Preisunterschied patentierter Erzeugnisse bei der ersten Inverkehrsetzung in der Schweiz im Vergleich zum Ausland einen kartellrechtlich verpönten Missbrauch indiziert, wenn die wirtschaftlichen und rechtlichen Rahmenbedingungen vergleichbar sind." 135 Daraus kann e contrario gefolgert werden, dass bescheidene Preisunterschiede eher nicht auf einen Missbrauch hindeuten. 130. Schliesslich kann die Frage, ob der Umstand, dass der [G] resp. [der Getränkehändler 2] keine Werbekostenzuschüsse bekommen, wenn sie direkt bei der [D], also dem [X]-Abfüller in Deutschland, beziehen, Getränkegrosshändler in Deutschland dagegen schon, zu einem Wettbewerbsnachteil führt, wie nachfolgend in Abschnitt B.5 aufgezeigt, aufgrund des Opportunitätsprinzips offen gelassen werden. Zudem ist anzumerken, dass den von der [D] den Grosshändlern in Deutschland gewährten Werbekostenzuschüssen vermutungsweise mindestens teilweise gewisse Gegenleistungen seitens der Grosshändler gegenüberstehen.

B.3.2.2.4. Legitimate business reasons

131. Schliesslich können legitime business reasons eine Abweichung vom Gleichbehandlungsgebot rechtfertigen. So kann eine Diskriminierung z.B. dann aus Gründen ökonomi-

scher Effizienz gerechtfertigt sein, wenn die Handelspartner differenzierte Gegenleistungen erbringen (bspw. unterschiedliche verkaufsfördernde Aktivitäten oder Marketingdienstleistungen).¹³⁶ 132. Bereits für die Analyse, ob eine Verweigerung von Geschäftsbeziehungen gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. a KG vorliegt (vgl. Rz 102 ff.), wurde die Frage gestellt, inwieweit Werbekostenzuschüsse Abgeltungen für tatsächlich erbrachte Leistungen seitens der Händler sind.

135 BGE 126 III 129, 154 E. 9.

136 BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 101), Art. 7 KG N 224.

32-00013/COO.2101.111.4.136155 41 Das Sekretariat fand zwar Hinweise, dass diese Zuschüsse höher sein könnten als die erbrachten Leistungen,¹³⁷ eine Aussage über das Ausmass der erbrachten Leistungen verglichen mit den Zuschüssen konnte es aber mangels konkreter Daten nicht treffen. Gestützt auf den ihm vorliegenden Informationen kann das Sekretariat deshalb keine Beurteilung darüber vornehmen, inwieweit das Verhalten von [einem oder mehreren [X]-Abfüllern im benachbarten Ausland], [welcher/welche] dem [G] keine Werbekostenzuschüsse [gewährt/gewähren], gerechtfertigt ist und somit inwieweit legitimate business reasons vorliegen.

B.3.2.2.5. Fazit zu Art. 7 Abs. 2 lit. b KG

133. Vorgehend (Rz 111 ff.) wurde analysiert, ob es Anhaltspunkte dafür gibt, dass die Nichtgewährung von Werbekostenzuschüssen an Kunden in der Schweiz durch [einen oder mehrere [X]-Abfüller im zur Schweiz benachbarten Ausland] eine Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen und somit ein Missbrauch einer allfälligen marktbeherrschenden Stellung gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. b KG sein könnte. Vier Merkmale, die (kumulativ) erfüllt sein müssen, wurden dabei betrachtet. Die Analyse des ersten Merkmals, der Diskriminierung, ergab, dass dem Sekretariat zu wenig Informationen zum Ausmass und zur Wirkung von Werbekostenzuschüssen seitens [einem oder mehrerer [X]-Abfüller] vorlagen, um beantworten zu können, ob dieses Merkmal vorliegend erfüllt ist (vgl. Rz 116). Das zweite Merkmal, nämlich dass sich die Diskriminierung seitens [einem oder mehrerer [X]-Abfüller] gegen Handelspartner richtet, die auf vor- oder nachgelagerten Märkten tätig sind, betrachtete das Sekretariat dagegen als erfüllt (vgl. Rz 119). Auch für eine Bewertung des vierten Merkmals, das Fehlen von legitimate business reasons, lagen dem Sekretariat, wie bereits für das erste Merkmal, zu wenig Informationen vor (Rz 132). 134. Das dritte Merkmal schliesslich betrifft die Wettbewerbsbenachteiligung. Bezüglich dieser kommt das Sekretariat zum Schluss, dass bei Anwendung der ersten in Rz 123 genannten Auffassung, die insbesondere besagt, dass eine Wettbewerbsschädigung nachgewiesen werden muss, weder der [G] resp. [der Getränkehändler 2] im Speziellen noch potentielle Abnehmer des Getränkehandels in der Schweiz im Allgemeinen durch das Verhalten [einem oder mehrerer [X]-Abfüller im zur Schweiz benachbarten Ausland] im Wettbewerb benachteiligt werden, da die erstgenannten erstens fast ausschliesslich mit Getränkehändlern in der Schweiz im Wettbewerb stehen dürften und zweitens davon auszugehen ist, dass [...] [X]-Abfüller nicht direkt an Getränkehändler in die Schweiz [liefert/liefern] (Rz 127). Wird allerdings davon ausgegangen, dass von einer Diskriminierung direkt auf eine Benachteiligung zu schliessen ist (vgl. Rz 128), so kann vorliegend der Tatbestand gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. b KG nicht ausgeschlossen werden. Mit Verweis auf die Anwendung des Opportunitätsprinzips (vgl. Abschnitt B.5) kann die Frage, ob dieser Umstand zu einem

Wettbewerbsnachteil führt, schliesslich aber offen gelassen werden.

B.3.3 Fazit zu unzulässigen Verhaltensweisen 135. Vorliegend wurde analysiert, ob die [X] und ihre Abfüllbetriebe, von denen das Sekretariat davon ausgeht, dass sie in wirtschaftlicher Hinsicht eine Einheit bilden (wenngleich sie teilweise nicht zur gleichen Unternehmensgruppe gehören) (vgl. Rz 82), beim Absatz von CSD, CSD inkl. Eistee resp. CSD mit Cola-Geschmack in den Gastronomiekanal eine marktbeherrschende Stellung in der Schweiz als auch in einem Gebiet, welches grösser ist als die Schweiz (und so z.B. die Schweiz und die angrenzenden Regionen im benachbarten Ausland umfasst), innehaben. Aufgrund der ungenügenden Datenlage konnte diese Frage nicht

137 Dass der Getränkehändler in Deutschland (mindestens) einen Teil des ihm von der [D] gewährten

Werbekostenbeitrags dem [G] (resp. dessen Importeur [Getränkehändler 2]) weitergibt, deutet darauf hin, dass sein Werbeaufwand für [Marke] kleiner ist als die ihm gewährten Werbekosten.

32-00013/COO.2101.111.4.136155 42 abschliessend beantwortet werden, wenngleich die Indizien eher für eine marktbeherrschende Stellung sprechen (vgl. Rz 97). Dies gilt insbesondere, wenn der Markt sachlich eng abgegrenzt wird (und so nur den Absatz von CSD mit Cola-Geschmack in den Gastronomiekanal berücksichtigt). Das Sekretariat geht jedenfalls davon aus, dass die [X] und ihre Abfüller als wirtschaftliche Einheit in der Schweiz oder einem Gebiet grösser als die Schweiz eine Marktmacht im Sinne von Art. 2 PüG innehaben (vgl. Rz 97). 136. Der Umstand, dass [einer oder mehrere [X]-Abfüllbetriebe] Getränkegrosshändler in [seinem/ihrem] eigenen Land [beliefert/belieferten] inkl. Gewährung von Werbekostenzuschüssen, nicht aber Getränkegrosshändler in der Schweiz, analysierte das Sekretariat unter dem Aspekt zweier möglicher Missbräuche einer möglicherweise marktbeherrschenden Stellung (vgl. Rz 101). Der erste betrifft die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen, also Art. 7 Abs. 2 lit. a KG, der zweite die Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen, also Art. 7 Abs. 2 lit. b KG. Bezüglich Art. 7 Abs. 2 lit. a KG zeigte sich, dass das Kriterium der objektiven Notwendigkeit des Inputs nicht gegeben ist und so ein solcher Missbrauch nicht vorliegen kann (vgl. B.3.2.1.4). 137. Bezüglich der vier Kriterien, die für das Vorliegen eines Missbrauchs gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. b KG kumulativ erfüllt sein müssen (vgl. Rz 111), kam das Sekretariat zum Schluss, dass das Kriterium „der Betroffenheit von Handelspartnern“ erfüllt ist, während das Sekretariat aufgrund mangelnder Informationen zum Ausmass und den Auswirkungen der Werbekostenzuschüsse [einer oder mehrerer [X]-Abfüllbetriebe] keine abschliessende Beurteilung zu den Kriterien „Diskriminierung“ und „legitimate business reasons“ treffen konnte (vgl. B.3.2.2.5). Schliesslich zeigte sich, dass das Kriterium der „Wettbewerbsbehinderung resp. -benachteiligung“, sofern man nicht die Auffassung vertritt, dass diese per se aufgrund des diskriminierenden Verhaltens zustande kommt, sondern gegenüber den Wettbewerbern des Benachteiligten aufzuzeigen ist, nicht erfüllt ist, da Getränkehändler in der Schweiz kaum mit Getränkehändlern im Ausland im Wettbewerb stehen. Geht man aber davon aus, dass eine Diskriminierung per se zu einer Wettbewerbsbenachteiligung führt, so kann dieses Kriterium gestützt auf die dem Sekretariat vorliegenden Informationen nicht verneint werden. Mit Verweis auf die Anwendung des Opportunitätsprinzips, welches in Abschnitt B.5 diskutiert wird, kann die Frage, ob das Kriterium der Wettbewerbsbehinderung resp. -benachteiligung erfüllt ist,

vorliegend aber offen gelassen werden.

B.4 Unzulässige Gebietsschutzabreden 138. Laut Art. 5 Abs. 1 KG sind 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, unzulässig. 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 zwei Tatbestandselemente: a) ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der Abrede beteiligten Unternehmen und b) die Abrede bezweckt oder bewirkt eine Wettbewerbsbeschränkung. 139. Gemäss Art. 5 Abs. 4 KG wird die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs vermutet bei Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen über Mindest- oder Festpreise sowie bei Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden. Vorliegend kommt eine Gebietsschutzabrede zwischen einem oder mehreren ausländischen Abfüllern und ihren Abnehmern (wie ausländische Getränkehändler und Detailhändler) in Frage, welche zum Ausschluss von Verkäufen durch diese Abnehmer in die Schweiz führt.

32-00013/COO.2101.111.4.136155 43 140. Wie bereits geschildert (vgl. Rz 2 und 23), bezog der [G] bereits vor Eröffnung der vorliegenden Vorabklärung via einen Zwischenhändler [Marke] in 33cl-Flaschen aus Deutschland. Im Verlaufe ihrer Abklärungen zur vorliegenden Vorabklärung befragte das Sekretariat die [X]-Abfüller in Frankreich, Italien und Österreich resp. deren Schwester-/Muttergesellschaft (vgl. Rz 15) dazu, ob ihre Kunden CSD der Marke [X] an Unternehmen in der Schweiz weiterverkaufen können. Den Antworten war zu entnehmen, dass die Kunden [des [X]-Abfüllers/der [X]-Abfüller] in [...] an Unternehmen in der Schweiz weiterverkaufen dürfen. Ein weiteres Indiz dafür, dass ein Bezug bei einem Kunden des [X]-Abfüllers in Frankreich möglich ist, ist das Angebot zum Bezug von 50cl-EW-PET-Flaschen, welches der [G] von einem Händler in Frankreich erhielt, wengleich der [G] schliesslich nicht von diesem Angebot Gebrauch machte (vgl. Rz 37). Dazu, in welchem Ausmass ihre Kunden 2011–2013 CSD der Marke [X] an Unternehmen in die Schweiz weiterverkauft hatten, [...].138 Somit liegen keine konkreten Hinweise vor, dass Getränkehändler in der Schweiz nicht im benachbarten Ausland beziehen können.

141. Der [G] machte auch nicht geltend, dass er nicht bei Kunden von [X]-Abfüllern im Ausland beziehen könne. So ging es dem [G] bei seiner Anzeige, die zur dieser Vorabklärung geführt hatte (vgl. Rz 1), um die Nichtbelieferung durch den deutschen [X]-Abfüller, dies zu einem Zeitpunkt, als der [G] bereits [X]-Getränke dieses deutschen Abfüllers über einen Händler bezog. 142. Vor diesem Hintergrund liegen keine Anhaltspunkte für eine Gebietsschutzabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG zwischen den ausländischen [X]-Abfüllern und ihren Abnehmern vor.

B.5 Anwendung des Opportunitätsprinzips 143. Bei geringfügigen Vergehen kann das Opportunitätsprinzip dazu führen, von einem Untersuchungsverfahren abzusehen.139 Eine Verhältnismässigkeitsprüfung kann dabei helfen zu entscheiden, ob auf ein Verfahren verzichtet werden kann. Als Kriterien einer solchen Verhältnismässigkeitsprüfung können u.a. der Ressourcenaufwand weiterer Abklärungen in Bezug auf die allfällige

Wettbewerbsbeschränkung und die volkswirtschaftlichen oder sozial schädlichen Auswirkungen der allfälligen Wettbewerbsbeschränkung¹⁴⁰ herangezogen werden. 144. Die Frage, ob der Umstand, dass der [G] resp. [der Getränkehändler 2] keine Werbekostenzuschüsse bekommen, wenn sie direkt bei der [D], also dem [X]-Abfüller in Deutschland, beziehen, Getränkegrosshändler in Deutschland dagegen schon, zu einem Wettbewerbsnachteil führt, konnte gestützt auf die dem Sekretariat zur Verfügung stehenden Informationen nicht abschliessend geklärt werden (vgl. B.3.2.2.3). Das Sekretariat schätzt, dass zur Klärung dieser Frage ein bedeutender Ressourcenaufwand notwendig wäre. So wäre für die Beantwortung dieser Frage u.a. die Beantwortung der Frage notwendig, in welchem Ausmass die [D] Gegenleistungen für ihre Werbekostenzuschüsse erhält. Diese zu beziffern erscheint jedoch schwierig zu sein. [...] (vgl. Rz 116).

138 [...]. Diesbezügliche Informationen der [D] liegen dem Sekretariat nicht vor.

139 Vgl. Urteil des BGer 2C 484/2010 vom 29.6.2012, RPW 2013/1, 122 f. E. 6.3), Publigroupe SA et

al./WEKO, m.w.H. Zur Anwendung des Opportunitätsprinzips, vgl. auch Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 352 f. E. 7.4.3, Publigroupe SA et al./ WEKO. 140 Gemäss Art. 1 KG bezweckt dieses Gesetz, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkun-

gen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern.

32-00013/COO.2101.111.4.136155 44 145. Wie aufgezeigt (vgl. u.a. Rz 27), musste der [G] im Februar 2013 bei einem Bezug via einen Getränkegrosshändler in Deutschland pro 33cl-MW-Glasflasche [Marke] [...] Cent mehr bezahlen, als wenn er diese Flaschen direkt bei der [D] inkl. Werbekostenzuschüsse hätte beziehen können. Hätte der [G] wie gewünscht [...] [Marke] in 33cl-MW-Glasflaschen (also [...] pro Truck, vgl. Fn 73) direkt bei der [D] beziehen können (vgl. Rz 1), hätte sich für den [G] bei einem Direktbezug bei der [D] inkl. Werbekostenzuschüsse eine jährliche Ersparnis von rund CHF [...]–[...] pro Jahr ergeben. Würde sich der Bezug seitens des [G] in dieser Höhe einpendeln, so wäre mit einem auf die Schweiz bezogenen volkswirtschaftlichen Schaden in Höhe der vorgängig berechneten jährlichen Ersparnis für den [G] zu rechnen. 146. Die Ersparnis, die sich für die Konsumenten in der Schweiz aus einem Direktbezug des [G] bei der [D] (inkl. Werbekostenzuschüsse) verglichen mit einem Bezug des [G] beim Getränkehändler in Deutschland ergibt, hängt vom Ausmass der Weitergabe dieser Ersparnis an die Gastronomen und von diesen an die Endkonsumenten ab. Dabei profitieren die Konsumenten umso mehr von diesem allfälligen zusätzlichen Kostenvorteil des [G], je grösser der Anteil ist, den der [G] und daran anschliessend die Gastronomen davon weitergeben. Kann der [G] also nicht von einem Direktbezug bei der [D] (inkl. Werbekostenzuschüsse) profitieren, so hängt der daraus zu erwartende Schaden für die Konsumenten in der Schweiz davon ab, in welchem Ausmass zuerst der [G] und danach die Gastronomen die erhaltenen Preisvorteile an die nachfolgende Stufe weitergeben würden. Zum allfälligen Ausmass dieser Weitergabe liegen dem Sekretariat allerdings keine konkreten Informationen vor, so dass es keine Schätzung über die Höhe einer allfälligen Schädigung der Konsumentenwohlfahrt vornehmen kann.¹⁴¹ Schliesslich kann die Frage, ob vorliegend eine Schädigung der Konsumentenwohlfahrt vorliegt, aufgrund der geringen Ersparnis von [...] Cent pro 33cl-MW-Glasflasche [Marke] (vgl. Tabelle 2) resp. von rund CHF [...]–[...] pro Jahr für den [G] und somit für die schweizerische Volkswirtschaft (vgl. Rz

145) bei jedem denkbaren Ausmass der Weitergabe des Preisvorteils an den Endkonsumenten offen gelassen werden. 147. In Anbetracht der eher geringen volkswirtschaftlichen Auswirkungen einerseits und dem vergleichsweise hohen Aufwand, den es benötigt, um festzustellen, inwieweit die von [einem oder mehreren [X]-Abfüllern im benachbarten Ausland] gewährten Werbekostenzuschüsse tatsächlich für Gegenleistungen gewährt werden andererseits, wird vorliegend auf die Eröffnung einer Untersuchung gemäss Art. 27 KG verzichtet und im Einklang mit dem Opportunitätsprinzip die Vorabklärung eingestellt.¹⁴² 148. Das Sekretariat verweist den [G] bezüglich die Marktstellung und die Verhaltensweise der [X] und ihrer Abfüller auf den Zivilweg (Art. 12 ff. KG).

141 Von der Höhe der Weitergabe allfälliger Preisvorteile hängt ab, wie stark Endkonsumenten

schliesslich von diesen Preisvorteilen profitieren könnten. Gemäss GastroSuisse fallen im Gastgewerbe (Restaurants und Hotels) etwas mehr als ein Viertel (27,1 %) der Kosten beim Wareneinkauf (inkl. direkte Dienstleistungen) an, wobei je nach Produkt dieser Anteil deutlich höher (z.B. Wein) oder tiefer (z.B. Kaffee) sein kann (vgl. GastroSuisse, Branchenspiegel 2010, 2010, 35, wobei sich diese Aussage auf das Jahr 2008 bezieht und als Quelle Gastroconsult angegeben wird). Bei Mineralwasser betragen die Warenkosten 2008 bei Restaurants gemessen am damit erzielten Umsatz 22,6 %, der Preis war somit durchschnittlich 4,4 höher als die Warenkosten (vgl. GastroSuisse (Fn 141), 38, wobei sich GastroSuisse auf Gastroconsult als Quelle stützt). Zu Süssgetränken liegen dem Sekretariat leider keine diesbezüglichen Daten vor. Anzumerken ist, dass diese Faktoren direkt nichts darüber aussagen, wie stark Preisvorteile in der Gastronomie an Endkonsumenten weitergegeben werden. Schliesslich muss beachtet werden, dass die Preissenkung von Lebensmitteln, die der Gastronom in seinem Betrieb verwendet, keine direkten Auswirkungen auf die anderen Kosten wie Miete und Personalkosten haben. 142 Auch beim Entscheid Vereinbarung santésuisse betreffend Kundenwerbung wurde u.a. mit Verweis

auf die erwartete lange Verfahrensdauer und den grossen Ressourcenaufwand die Vorabklärung eingestellt (vgl. RPW 2014/1, 178 Rz 175).

32-00013/COO.2101.111.4.136155 45 B.6 Zusammenfassung 149. Das Sekretariat hat in vorliegender Vorabklärung analysiert, ob sich aus dem Umstand, dass [einer oder mehrere [X]-Abfüllbetriebe im benachbarten Ausland] Getränkegrosshändler in ihrem eigenen Land [beliefert/beliefern] und dabei Werbekostenzuschüsse [gewährt/gewähren], Getränkegrosshändler in der Schweiz solche Werbekostenzuschüsse aber nicht erhalten, wenn sie direkt bei [diesem Abfüllbetrieb/diesen Abfüllbetrieben] beziehen, Anhaltspunkte für einen Verstoss gegen Art. 5 und/oder Art. 7 KG ergeben. Die vorliegende Vorabklärung hat ergeben, dass keine Anhaltspunkte für eine Gebietsschutzabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG zwischen den ausländischen [X]-Abfüllern und ihren Abnehmern vorliegt (vgl. B.4). Hingegen konnte nicht ausgeschlossen werden, dass ein Verstoss gegen Art. 7 KG vorliegt (vgl. B.3). 150. Zu letzterem Resultat ist das Sekretariat aufgrund nachfolgend zusammengefasster Erwägungen gekommen. Die [X] und ihre Abfüller in der Schweiz und deren Nachbarländern bilden in wirtschaftlicher Hinsicht eine Einheit. Dies bewirkt, dass diese Unternehmen für die Beurteilung, ob eine marktbeherrschende Stellung in den Märkten, die den Absatz von CSD, von CSD inkl. Eistee und von CSD mit Cola-Geschmack in den Gastronomiekanal betreffen, als kollektive Einheit zu betrachten

sind (vgl. Rz 82). 151. Es zeigte sich, dass der Marktanteil der [CH] beim schweizweiten Absatz von CSD 2011 schätzungsweise [...] %, bei demjenigen von CSD inkl. Eistee [...] % betrug (vgl. Rz 87). Zum Marktanteil der [CH] im schweizweiten Markt für CSD mit Cola-Geschmack konnte das Sekretariat keine konkrete Schätzung vornehmen, es vermutet aber, dass der diesbezügliche Marktanteil der [CH] höher sein dürfte als derjenige bezüglich CSD. Weiter geht das Sekretariat davon aus, dass die Marktanteile der [CH] in diesen drei Bereichen steigen dürften, betrachtet man nur den Gastronomiekanal. Das Sekretariat konnte die Frage, ob die [X] und ihre Abfüllbetriebe in der Schweiz resp. in einem weiter als nationalen Gebiet im Gastronomiekanal bei CSD, CSD inkl. Eistee und/oder CSD mit Cola-Geschmack absatzseitig eine marktbeherrschende Stellung innehaben, aufgrund fehlender Daten vorliegend nicht abschliessend klären (vgl. Rz 135). Indizien sprechen eher für eine marktbeherrschende Stellung dieser Unternehmen, insbesondere wenn der Markt sachlich nur den Absatz von CSD mit Cola-Geschmack in den Gastronomiekanal umfasst. Zudem geht das Sekretariat davon aus, dass sie in der Schweiz oder einem Gebiet grösser als die Schweiz eine Marktmacht im Sinne von Art. 2 PüG innehaben. 152. Zwei mögliche Missbräuche einer möglicherweise marktbeherrschenden Stellung seitens der [X] und ihrer Abfüllbetriebe wurden analysiert, erstens die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (Art. 7 Abs. 2 lit. a KG) und zweitens die Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 lit. b KG). Die Analyse des Sekretariats zeigte keine Anhaltspunkte für einen Missbrauch gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. a KG, da das Tatbestandsmerkmal der objektiven Notwendigkeit des Inputs nicht erfüllt war (vgl. Rz 110). So hat der [G] mit dem Bezug von [X]-Produkten über einen in Deutschland ansässigen Getränkehändler eine Alternativquelle zum Bezug direkt beim [X]-Abfüller in Deutschland (inkl. Werbekostenzuschüsse) und erhält dabei indirekt gar einen Teil der Werbekostenzuschüsse des Abfüllers in Deutschland. 153. Dagegen konnte nicht ausgeschlossen werden, dass Anhaltspunkte für einen Missbrauch gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. b KG, also eine Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen, vorliegen (B.3.2.2.5). Bezüglich der vier Merkmale, welche gemäss der Praxis der WEKO für das Vorliegende einer Diskriminierung von Handelspartnern kumulativ erfüllt sein müssen, zeigte sich, dass dasjenige der Betroffenheit von Handelspartnern erfüllt war, während dem Sekretariat für eine abschliessende Beurteilung der drei anderen Merkmale keine ausreichenden Informationen vorlagen. Ein Informationsbedarf besteht insbesondere dahingehend, ob und wenn ja in welchem Umfang

32-00013/COO.2101.111.4.136155 46 [einer oder mehrere [X]-Abfüller] Gegenleistungen für ihre Werbekostenzuschüsse erhalten (vgl. Rz 144).

154. Die Beantwortung dieser Frage ist mit einem relativ hohen Aufwand verbunden, vergleicht man letzteren mit den zu erwartenden, negativen volkswirtschaftlichen Auswirkungen durch den allfälligen Missbrauch (vgl. Rz 143 ff.). Mit Verweis auf das Opportunitätsprinzip wird deshalb auf die Eröffnung einer Untersuchung gemäss Art. 27 KG verzichtet und die Vorabklärung eingestellt (vgl. Rz 147).

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

1. beschliesst darum, die Vorabklärung ohne Folgen einzustellen; 2. teilt den Parteien die Einstellung der Vorabklärung mit.

32-00013/COO.2101.111.4.136155 47

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