

WEKO gaba-2009-11-30 vom 30. November 2009

WEKO, 2009-11-30, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/weko_gaba-2009-11-30

FR: WEKO gaba-2009-11-30 du 30 novembre 2009

IT: WEKO gaba-2009-11-30 del 30 novembre 2009

Erwägungen

E. 8

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

E. 9

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

13/82

B.3.1. Wettbewerbsabrede 81. Als Wettbewerbsabreden gelten rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (Art. 4 Abs. 1 KG). Eine Wettbewerbsabrede definiert sich daher durch folgende Tatbestandselemente: a) ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der Abrede beteiligten Unternehmen und b) die Abrede bezweckt oder bewirkt eine Wettbewerbsbeschränkung. B.3.1.1. Bewusstes oder gewolltes Zusammenwirken 82. Am 1. Februar 1982 schloss Gaba mit Gebro einen Know-how- und Markenlizenzvertrag (nachfolgend: Lizenzvertrag) ab. Dieser wurde am 1. September 2006 durch ein neues Vertragswerk bestehend aus einem „Distribution Agreement“ und einem „Agreement on the Manufacture of Dental Products“ ersetzt. 83. Der bis am 1. September 2006 gültige Lizenzvertrag enthielt in Ziff. 3.2 eine Klausel, wonach Gebro die unter Verwendung des Know-hows von Gaba in Lizenz hergestellten Produkte nur in Österreich vertreiben durfte: „GABI [GABA International AG] verpflichtet sich, die Ausfuhr der Vertragsprodukte [Elmex Zahnpaste, Elmex Gelée, Elmex Fluid und Aronal forte Zahnpaste]¹⁰ nach Oesterreich mit allen ihr zu Gebote stehenden Mitteln zu verhindern und auch selbst weder direkt noch indirekt in Oesterreich zu vertreiben. Gebro verpflichtet sich ihrerseits, die Vertragsprodukte ausschliesslich in dem ihr vertraglich zustehenden Gebiet [Österreich] herzustellen und zu vertreiben und weder direkt noch indirekt Exporte in andere Länder vorzunehmen.“ 84. Die Klausel enthielt somit sowohl ein Verbot aktiver als auch passiver Verkäufe (sog. absoluter Gebietsschutz). Der aktive Verkauf ist die aktive Ansprache einzelner Kunden (Endkunden oder Händler) in einem Gebiet oder einzelner Mitglieder einer Kundengruppe, das bzw. die der Lieferant sich selbst vorbehalten oder ausschliesslich einem anderen Händler zugewiesen hat (Ziff. 2 der Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden vom 2. Juli 2007 [Vertikalbekanntmachung, VertBek]). Der passive Verkauf ist die Erfüllung unaufgeforderter Bestellungen einzelner Kunden (Endkunden oder Händler) aus einem Gebiet oder einzelner Mitglieder einer Kundengruppe, das bzw. die der Lieferant sich selbst vorbehalten oder ausschliesslich einem anderen Händler zugewiesen hat, d.h. das Liefern

von Waren an bzw. das Erbringen von Dienstleistungen für solche Kunden (Ziff. 3 VertBek). 85. Im neuen Distribution Agreement werden in Ziff. 12.1 lediglich aktive Verkäufe explizit verboten: „The distributor [Gebro] shall not make any active endeavours to solicit orders for the products [Gaba-Produkte] outside the territory [Österreich] and shall not establish any centre for the distribution of the products outside the territory. [The] distributor shall inform [the] principal [Gaba] of any request of supply of products coming from outside the territory. The principal or its affiliates shall not make any active endeavours to sell products in the territory.“ 86. Bei den in Frage stehenden Verträgen (Lizenzvertrag, „Distribution Agreement“, „Agreement on the Manufacture of Dental Products“) handelt es sich um schriftliche Vereinbarungen zwischen Gaba und Gebro über die Herstellung und den Vertrieb von Gaba-Produkten. Somit erfüllen sie das erste Tatbestandselement einer Abrede.

E. 10

Nachfolgend: Vertragsprodukte.

14/82

B.3.1.2. Bezweckung oder Bewirkung einer Wettbewerbsbeschränkung 87. Neben dem Element des bewussten und gewollten Zusammenwirkens der an einer Abrede beteiligten Unternehmen ist zudem erforderlich, dass eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt wird, eine tatsächliche Beeinflussung des Marktes ist indes nicht notwendig.

Bezwecken in diesem Sinne bedeutet, dass die Abrede oder die abgestimmte Verhaltensweise objektiv geeignet sein muss, eine Wettbewerbsbeschränkung herbeizuführen, unwesentlich sind dabei die Vorstellungen der beteiligten Unternehmen. Bewirkt wird eine Wettbewerbsbeschränkung dann, wenn tatsächlich eine Beeinflussung auf dem relevanten Markt stattfindet. Nicht erforderlich ist indes, dass die Wirkung bereits eingetreten ist. Es genügt, wenn diese mit hinreichender Wahrscheinlichkeit in naher Zukunft eintreten kann.¹¹ Situation vor dem 1. September 2006 88. Der bis zum 1. September 2006 gültige Lizenzvertrag bezweckte oder bewirkte eine Wettbewerbsbeschränkung, weil Gaba Gebro untersagte, Elmex rot parallel in die Schweiz zu exportieren und dadurch die Möglichkeit bestand, den Schweizer Markt abzuschotten bzw. den Import von billigeren Produkten zu verhindern. 89. Diesbezüglich bringen die Parteien vor, dass die absolute Gebietsschutzklausel nicht der Vertragswirklichkeit entsprach bzw. weder durchgesetzt noch eingehalten wurde. 90. Dem ist entgegenzuhalten, dass das im alten Lizenzvertrag vereinbarte Verbot aktiver und passiver Verkäufe (absoluter Gebietsschutz) zu Lasten von Gebro gemäss Ziff. 3.2. dem Wortlaut nach klar und unzweideutig lautet. Eine anderslautende Abrede liegt bis zum 1. September 2006 nicht vor. Es fehlen auch sonst Hinweise wie Protokolle, Besprechungsnotizen, Korrespondenzen, E-Mail-Verkehr, welche auf eine Ausserkraftsetzung oder faktische Nichtbeachtung des Vertrages schliessen liessen. Im Markt selbst konnte Denner keine Parallelimporte tätigen. Importe aus Österreich in die Schweiz finden jedoch in bescheidenem Umfang (vgl. Rz. 247) über den Spezialfall Spar statt, welcher indirekt über [...] importiert (vgl. Rz. 107). Situation nach dem 1. September 2006 91. Das seit dem 1. September 2006 geltende Distribution Agreement enthält in Ziff. 12.1 ein Verbot des aktiven Verkaufs. Dieses Verbot bezweckt oder bewirkt eine Wettbewerbsbeschränkung, da die Wettbewerbsintensität in einem gewissen Gebiet dadurch tendenziell abnimmt, was den Wettbewerbsparameter Preis beeinflussen kann. Gleichzeitig verpflichtet der Vertrag Gebro in Ziff. 12.1, Gaba bei

Bestellungen von Kunden ausserhalb des zugewiesenen Gebiets zu informieren. Bei Nichteinhaltung dieser Informationspflicht verfügt Gaba über die Möglichkeit, den Vertrag zu kündigen. Unter Berücksichtigung des Umstandes, dass [...], war Gaba daher in der Lage, ein faktisches Verbot des Passivverkaufs durchzusetzen und damit den Wettbewerb zu beschränken. 92. Die Parteien bringen vor, dass seit dem 1. September 2006 kein Verbot von Passivverkäufen mehr vorliege. Die Herleitung eines solchen aus der Informationspflicht von Gebro gegenüber Gaba sei vertragsrechtlich nicht nachvollziehbar. In Bezug auf das Passivverkaufsverbot sei keine Abrede nach Art. 4 Abs. 1 KG nachgewiesen worden. 93. Die im Distribution Agreement statuierte Informationspflicht zu Lasten von Gebro, wonach Gebro verpflichtet ist, Gaba über Lieferanfragen von Unternehmen ausserhalb Österreichs zu orientieren, ist vor folgendem Hintergrund zu sehen:

E. 11

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

15/82

• Durch die Information über Lieferanfragen von Unternehmen ausserhalb von Österreich und bei vertragskonformer Umsetzung ist Gaba stets lückenlos über die Warenströme von Gaba-Produkten in Zentraleuropa im Bilde. Hinzu kommt, dass Gaba – mit Ausnahme von Österreich – in sämtlichen an die Schweiz angrenzenden Ländern mit gruppeneigenen Gesellschaften tätig ist (vgl. auch Abbildung 1). Durch die Informationspflicht zu Lasten von Gebro gemäss dem Distribution Agreement verschafft sich Gaba die Möglichkeit, die Exportpolitik von Gebro zumindest indirekt zu beeinflussen, weil [...]. Die Informationspflicht vermochte bzw. vermag die Entscheidungsautonomie von Gebro massgeblich zu beeinflussen. Alleine diese Beeinflussung spielt bei der Beurteilung der Frage, ob eine Wettbewerbsabrede vorliegt, eine Rolle. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Beschränkung ausdrücklicher Zweck oder bloss eine mögliche, unbeabsichtigte Wirkung einer rechtlich relevanten Abrede ist.¹² • Mit Blick auf die Praxis der Europäischen Behörden bzw. die Rechtsprechung in der EU kann ein kürzlich ergangenes Urteil herangezogen werden. Dabei hatte das EuG die Frage zu beurteilen, ob gestützt auf eine Reihe von Schreiben zwischen Vertriebshändlern und einem Hersteller betreffend Produktpreise und weitere marktrelevante Informationen eine Vereinbarung i.S.v. Art. 81 Abs. 1 EG-Vertrag (EGV) vorlag. Das EuG hielt in seinen Erwägungen fest, dass eine Willensübereinstimmung sich sowohl aus den Klauseln eines Vertrages als auch aus dem jeweiligen Verhalten der in Frage stehenden Unternehmen ergeben könne. Beim konkret zu beurteilenden Fall hielt das EuG fest, dass aus dem Wortlaut der von den Parteien ins Recht gelegten Faxschreiben nicht eindeutig hervorgehe, dass sie Parallelexporte unterbinden sollten. Doch eine Gesamtschau ergebe, dass die Schreiben in mehr oder weniger direktem Zusammenhang mit der Existenz von Paralleleinfuhren stehen. Das EuG hielt fest, dass der Hersteller (Nintendo) ein System der praktischen Zusammenarbeit und des Informationsaustausches geschaffen habe, woran sich u.a. die Alleinvertriebshändlerin von Nintendo für Belgien und Luxemburg beteiligte, was den Schluss zuliesse, dass eine Beschränkung des Parallelhandels bezweckt wurde (EuG, Urteil vom 30. 4. 2009 - T-18/03). Ergänzend sei angefügt, dass in diesem Fall ein Vertriebsvertrag vorlag, welcher keine durch Art. 81 Abs. 1 EGV verbotene Klausel enthielt. 94. Hält man sich dieses Urteil vor Augen, wird die Problematik der in Frage stehenden Informationspflicht

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

E. 12

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

16/82

gemäss Angaben der Parteien regelten bzw. regeln der alte Lizenzvertrag sowie die neuen Verträge nämlich nur die Beziehungen zwischen Gaba und Gebro in Österreich. Zudem wies Gaba darauf hin, dass Gebro ein unabhängiges Unternehmen sei, welches vorrangig im österreichischen Markt tätig sei. 95. Vor diesem Hintergrund ist die im Distribution Agreement enthaltene Informationspflicht zu Lasten von Gebro aus wettbewerbsrechtlicher Sicht grundsätzlich geeignet, den vormals bestehenden absoluten Gebietsschutz faktisch fortzuführen. Fazit 96. Die im Lizenzvertrag enthaltene Klausel (Ziff. 3.2) und die im Distribution Agreement enthaltene Informationspflicht (Ziff. 12.1) sind als Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren. B.3.2. Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs 97. Gemäss Art. 5 Abs. 4 KG wird die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs vermutet bei Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden. B.3.2.1. Vorliegen einer vertikalen Abrede über die exklusive Zuweisung von Gebieten 98. Unter den gesetzlichen Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG fallen Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, sofern passive Verkäufe in diese Gebiete durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden (sog. absoluter Gebietschutz; Ziff. 10 Abs. 1 lit. b VertBek). 99. Nicht unter den Vermutungstatbestand fällt hingegen das Verbot des aktiven Verkaufs. B.3.2.1.1. Vertikale Gebietsabrede zwischen Gaba und Gebro Situation vor dem 1. September 2006 100. Bis zum 1. September 2006 wurde Gebro durch Ziff. 3.2 Lizenzvertrag verpflichtet, die Vertragsprodukte ausschliesslich in dem ihr vertraglich zustehenden Gebiet herzustellen und zu vertreiben und weder direkt noch indirekt Exporte in andere Länder vorzunehmen. Der Lizenzvertrag statuierte somit sowohl ein aktives als auch ein passives Verkaufsverbot. Dies bedeutet, dass Gebro potenzielle Kunden in vertragsfremden Gebieten weder aktiv ansprechen (Verbot des aktiven Verkaufs; Ziff. 2 VertBek) noch unaufgeforderten Bestellungen von Kunden aus solchen Gebieten

nachkommen durfte (Verbot des passiven Verkaufs; Ziff. 3 VertBek). Somit lag ein absoluter Gebietsschutz vor, der den wirksamen Wettbewerb nach Massgabe von Art. 5 Abs. 4 KG vermutungsweise beseitigt (Ziff. 10 Abs. 1 lit. b Vert- Bek). 101. Die Parteien bestreiten, dass eine vertikale Gebietsabrede zwischen Gaba und Gebro vorliegt. Gaba macht zunächst geltend, dass keine Abrede nach Art. 5 Abs. 4 KG vorliegt, weil es sich beim Vertrag vor dem 1. September 2006 nicht um einen Vertriebsvertrag, sondern um einen Lizenzvertrag handelt. Lizenzverträge würden von Art. 5 Abs. 4 KG nicht erfasst. Nach Art. 5 Abs. 4 KG werde die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bei Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten vermutet, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden. Aus den parlamentarischen Arbeiten zu Art. 5 Abs. 4 KG gehe hervor, dass lediglich „Vertriebsverträge“ von Art. 5 Abs. 4 KG erfasst werden sollten. Die Gebietszuweisung im Rahmen von Lizenzabreden sollte demgegenüber von Art. 5 Abs. 4 KG ausgeschlossen werden. In Anlehnung an die VO (EG)

17/82

2790/1999¹³ würden Vereinbarungen, die Bestimmungen enthalten, welche die Übertragung von geistigem Eigentum betreffen, dann nicht als Vertriebsverträge qualifiziert, wenn diese Bestimmungen Hauptgegenstand der Vereinbarung seien und sich nicht unmittelbar auf die Nutzung, den Verkauf oder den Weiterverkauf von Waren oder Dienstleistungen durch den Käufer beziehen. Im Einklang mit der Vertikalbekanntmachung der WEKO und der EU Praxis sei der (alte) Vertrag als Lizenzvertrag und damit als Technologietransfervereinbarung i.S. der VO (EG) 772/2004 und nicht als Vertriebsvertrag zu qualifizieren. 102. Aus folgenden Gründen wird der vorliegende Lizenzvertrag vom Anwendungsbereich des Art. 5 Abs. 4 KG erfasst: • Lizenzverträge sind als Verträge i.S.v. Art. 1 des Obligationenrechts (OR; SR 220) verbindliche und erzwingbare Vereinbarungen nach der Legaldefinition von Art. 4 Abs. 1 KG. Ob diese Abreden im Einzelfall Wettbewerbsbeschränkungen bewirken oder bezwecken, ist anhand der Kriterien von Art. 5 KG zu beurteilen.¹⁴ Lizenzsysteme sind Distributionsformen, welche eine spezifische vertriebliche Zusammenarbeit, die deutlich über eine warenbezogene Transaktion hinausgeht, beinhalten.¹⁵ Der Lizenzvertrag stellt mithin eine besondere Vertriebsform dar, dessen kartellrechtliche Beurteilung gemäss Art. 5 KG erfolgt.¹⁶ Auch in der Praxis der EU werden Lizenzverträge durch kartellrechtliche Bestimmungen eingegrenzt, weil mit ihnen Wettbewerbsbeschränkungen verbunden sein können.¹⁷ • In Anlehnung an den allgemeinen Grundsatz des Vertragsrechts *falsa demonstratio non nocet*, wonach bei der Auslegung eines Vertrages der übereinstimmende wirkliche Wille der Parteien und nicht die unrichtige Bezeichnung oder Ausdrucksweise zu beachten ist, schliesst alleine die Bezeichnung als Lizenzvertrag nicht per se aus, dass ein solcher Vertrag vom Begriff Vertriebsvertrag gemäss Art. 5 Abs. 4 KG erfasst wird.¹⁸ Dass mit dem Lizenzvertrag neben der Herstellung auch der Vertrieb geregelt werden sollte, ist bereits Ziff. 1.2. des Lizenzvertrages zu entnehmen. Angesichts des übereinstimmenden Willens von Gaba und Gebro, sowohl die Herstellung wie auch den Vertrieb vertraglich zu regeln, sowie des Umstandes, dass eigenen Angaben zufolge Gebro die Stellung als exklusive Vertriebsgesellschaft von Gaba in Österreich zukommen sollte, ist davon auszugehen, dass dem vertrieblichen Aspekt des alten Lizenzvertrages eine tragende Bedeutung zugeordnet war. Dies bringt schliesslich auch der Abschluss des (umfangreichen) Distribution Agreements deutlich zum Ausdruck. • Auf die Frage der Anwendbarkeit der

EU-Gruppenfreistellungsverordnung von Technologietransfervereinbarungen wird in Rz. 159 näher eingegangen.

E. 13

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

E. 14

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

E. 15

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

E. 16

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

E. 17

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

E. 18

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

18/82

103. Die Parteien führen weiter ins Feld, dass Art. 5 Abs. 4 KG nicht anwendbar sei, da der vorliegende Sachverhalt vom Wortlaut der Bestimmung nicht erfasst werde. Die Lizenzverträge würden vorliegend das Gebiet Österreich und nicht die Schweiz zuweisen. Die Schweiz werde auch nicht durch alle übrigen Vertriebsverträge von Gaba indirekt als Gebiet zugewiesen. Mit Art. 5 Abs. 4 KG habe der Gesetzgeber erreichen wollen, dass bei Vertriebsverträgen, die den Schweizer Markt vom Ausland abschotten, die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs vermutet wird. Für die Auslegung von Art. 5 Abs. 4 KG sei zudem bedeutsam, dass keine Regelung geschaffen werden sollte, die Verhaltensweisen, welche nach dem Recht der EG zulässig seien, unter den Vermutungstatbestand gestellt würden. 104. Hinsichtlich des Anwendungsbereiches von Art. 5 Abs. 4 KG werden nachfolgend die zentralen Aspekte der Parteivorbringen eingehend betrachtet: • Wie auch von den Parteien anerkannt, wollte der Gesetzgeber mit Art. 5 Abs. 4 KG verhindern, dass der schweizerische Markt abgeschottet wird, indem Parallelimporte in die Schweiz generell unterbunden werden und dadurch in der Schweiz ein erhöhtes Preisniveau durchgesetzt werden kann.¹⁹ Fraglich ist, ob vor diesem Hintergrund einzig die im Gesetzeswortlaut verankerte Konstellation erfasst wird. Das heisst, einzig „...Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten...“ erfasst werden, „...soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden.“ Dies würde bedeuten, dass unerwünschte Marktabschottungen lediglich dann unter den Vermutungstatbestand fallen, wenn in Vertriebsverträgen die Schweiz als Vertragsgebiet zugewiesen wird und Verkäufe in die Schweiz ausgeschlossen werden. Die Folge davon wäre, dass andere Konstellationen,

mit denen der schweizerische Markt abgeschottet wird (wie z.B. im vorliegenden Fall), und die somit zum gleichen Ergebnis führen, nicht als Marktabschottungen im Sinn des Gesetzgebers gelten würden. • Betrachtet man die in casu interessierende Ziff. 3.2. des Lizenzvertrages, die da lautet: „...Gebro verpflichtet sich ihrerseits die Vertragsprodukte (u.a. Elmex rot) ausschliesslich in dem ihr vertraglich zustehenden Gebiet herzustellen und zu vertreiben und weder direkt noch indirekt Exporte in andere Länder vorzunehmen.“, fällt zunächst auf, dass diese Klausel Gebro jegliche Exporttätigkeit untersagt. Vor dem Hintergrund, dass sich Gaba die Schweiz im Lizenzvertrag nicht explizit vorbehalten hat (vgl. Rz. 165) und angesichts des Umstandes, dass Gaba in sämtlichen an die Schweiz angrenzenden Ländern mit gruppeneigenen Gesellschaften am Markt tätig ist (vgl. Abbildung 1), führt die in Frage stehende Klausel letztlich dazu, dass der Schweizer Markt abgeschottet wird, ohne dass Gaba das Gebiet der Schweiz ausdrücklich zugewiesen wurde. Die Formulierung im Lizenzvertrag untersagte Gebro, in andere Länder (als Österreich) Vertragsprodukte zu liefern und ermöglichte Gaba somit, die Warenströme der von Gebro produzierten Vertragsprodukte massgebend zu beeinflussen.

E. 19

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

19/82

Abb. 1: Länderpräsenz von Gaba

Quelle : http://www.gaba.ch/htm/503/de_CH/Laenderpraesenz.htm, besucht am 4. Juni 2009. 105. Eine solche Interpretation entspricht auch der Praxis in der EU: • Als Leitentscheid kann das Urteil in Sachen „Consten/Grundig“ herangezogen werden, wonach eine zwischen einem Hersteller und einem Vertriebsunternehmen abgeschlossene Vereinbarung, die darauf abzielt, die nationalen Schranken im Handel zwischen Mitgliedstaaten wieder aufzurichten, den grundlegenden Zielen der Gemeinschaft zuwiderlaufen könnte (Urteil des EuGH vom 13. Juli 1966 i.S. Consten-Grundig, 56/64 und 58/64, Slg. 1966, S. 322). Ferner hat der EuGH festgehalten, dass ein in einer Alleinvertriebsvereinbarung vorgesehener absoluter Gebietsschutz für den Händler, der die Kontrolle und die Behinderung der Parallelimporte ermöglichen soll, zu einer vertragswidrigen künstlichen Aufrechterhaltung getrennter nationaler Märkte führt und eine Zuwiderhandlung gegen Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag darstellt (Urteil des EuGH vom 8. Februar 1990 i.S. Tipp-Ex GmbH / Kommission, C-279/87, Slg. 1990, I-261). Schliesslich bestätigte der EuGH das Verbot von Verkäufen, welche die Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs in der Gemeinschaft bewirken und die Handelsströme zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen drohen (Urteil des EuGH vom 28. April 1998 i.S. Javico International und Javico AG / Yves Saint Laurent Parfums SA, C-306/96, Slg. 1998, I-1983). In seiner jüngsten Entscheidung hat der EuGH seine Rechtsprechung bestätigt, wonach Vereinbarungen, die den Parallelhandel begrenzen oder verbieten, grundsätzlich eine Verhinderung des Wettbewerbs bezwecken (Urteil des EuGH vom 6. Oktober 2009 i. S. GlaxoSmithKline Services / Kommission, C-501/06 P, noch nicht veröffentlicht). • Somit sind Massnahmen, welche zu Abschottungen (einzelner) nationaler Märkte führen, mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbar. Im Lichte der Europakompatibilität hat dies (folgerichtig) auch für die Schweiz zu gelten, denn wenn nach der europäischen Praxis die Aufrichtung nationaler Schranken dem Gedanken des

EU-Binnenmarktes zu- widerläuft, kann dies a fortiori auch mit den wettbewerbspolitischen Zielen der Schweiz kaum vereinbar sein, ansonsten gerade die Bestrebungen um Rechtsangleichung im zwischenstaatlichen Handel totor Buchstabe bleiben würden.

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