

# **WEKO lieferkonditionen-eines-getraenkeherstellers-2015-11-10 vom 10. November 2015**

WEKO, 2015-11-10, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselow.ch/entscheid/weko\\_lieferkonditionen-eines-getraenkeherstellers-2015-11-10](https://mcp.opencaselow.ch/entscheid/weko_lieferkonditionen-eines-getraenkeherstellers-2015-11-10)

FR: WEKO lieferkonditionen-eines-getraenkeherstellers-2015-11-10 du 10 novembre 2015

IT: WEKO lieferkonditionen-eines-getraenkeherstellers-2015-11-10 del 10 novembre 2015

## **Erwägungen**

### **E. 20**

B.3.1.1 Relevante Märkte B.3.1.1.1. Sachlich relevante Märkte 61. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (in analoger Anwendung von Art. 11 Abs. 3 Bst. a der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 12.3.2004 [VKU; SR 251.4]). 62. Die Definition des sachlich relevanten Marktes erfolgt somit aus Sicht der Marktgegenseite und fokussiert somit auf den strittigen Einzelfall: Massgebend ist, ob aus deren Optik Waren oder Dienstleistungen miteinander im Wettbewerb stehen.<sup>39</sup> Dies hängt davon ab, ob sie vom Nachfrager hinsichtlich ihrer Eigenschaften und des vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar erachtet werden, also in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht austauschbar sind.<sup>40</sup> Entscheidend sind die funktionelle Austauschbarkeit (Bedarfsmarktkonzept) von Waren und Dienstleistungen aus Sicht der Marktgegenseite sowie weitere Methoden zur Bestimmung der Austauschbarkeit der Waren und Dienstleistungen aus Nachfragersicht.<sup>41</sup> Auszugehen ist vom Gegenstand der konkreten Untersuchung<sup>42</sup> resp. der konkreten Vorabklärung. 63. Vorliegend werden sowohl ein allfälliger Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung seitens der [X] und ihre Abfüller gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. a und/oder b KG analysiert (vgl. B.3.2) als auch eine mögliche unzulässige Gebietsabrede gemäss Art. 5 Abs. 4 KG in Verbindung mit Art. 5 Abs. 1 KG (vgl. B.4). Marktgegenseite der Hersteller resp. Abfüller von alkoholfreien Erfrischungsgetränken sind v.a. in der Gastronomie tätige Unternehmen wie Restaurants, Cafés, Kantinen und Hotels (sog. Horeka-Kanal<sup>43</sup>), Lebensmitteldetailhändler, Grossverbrauchermärkte (Lebensmittelgrosshändler) sowie Getränkehändler. Gastronomiekunden werden in der Regel nicht direkt von den Herstellern von alkoholfreien Erfrischungsgetränken bedient, sondern indirekt via Getränkehändler/Depositäre und via Grossverbrauchermärkte.<sup>44</sup> 64. Gemäss Praxis der Wettbewerbskommission (WEKO) ist der Getränkeabsatz an Gaststätten vom Getränkeabsatz an Privatpersonen zwecks Heimkonsum zu unterscheiden, dies aufgrund der grundsätzlich deutlich geringeren Preissensitivität der Kunden im Horeka-Kanal verglichen mit den Endkunden im Detailhandel.<sup>45</sup> So ist davon auszugehen, dass der Anteil an Markengetränken an sämtlichen Getränken im Gastronomiekanal höher ist als im Detailhandelskanal. Ein Unterschied zwischen dem Getränkeabsatz an Gaststätten und demjenigen an Privatpersonen zwecks Heimkonsum besteht auch bei den verwendeten Gebinden. So wird Behälterware wie Bag in Box (BIB), Post-Mix (POM, also Konzentrat) und Pre-Mix

39 BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), Publigroupe SA et al./WEKO; Urteil des BGer 2C.75/2014 vom 28.1.2015, E. 3.2, Hors-Liste Medikamente/Pfizer. 40 BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), Publigroupe SA et al./WEKO; BGE 129 II 18 E. 7.3.1 (= RPW 2002/4, 743 E 7.3.1), Buchpreisbindung. 41 BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), Publigroupe SA et al./WEKO. 42 BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), Publigroupe SA et al./WEKO. 43 Horeka: Hotels, Restaurants, Kantinen. 44 Nebst Gastronomen (klassische Gastronomie, Betriebs- und Gemeinschaftsgastronomie und Zusatzgastronomie wie Raststätten und Catering) sind insbesondere unabhängige (Klein-)Detailisten Kunden der Grossverbrauchermärkte (vgl. RPW 2012/4, 886 Rz 22, Migros/Angehrn (CCA)). 45 Vgl. RPW 2005/1, 118 Rz 55, Feldschlösschen Getränke Holding/Coca Cola AG/Coca Cola Beverages AG, sowie RPW 2001/4, 749 f. Rz 20 f., Gemeinschaftsunternehmen von The Coca Cola Company und von Nestlé S.A.

32-00013/COO.2101.111.4.136155

## E. 21

(PEM, trinkfertiges Produkt) fast ausschliesslich in der Gastronomie verwendet. Auch kleinere Glasflaschen wie z.B. die 33cl-MW-Glasflasche werden primär von Gaststätten nachgefragt. Zudem könnten auch Exklusivvereinbarungen, welche Gaststätten mit Getränkeherstellern treffen, dazu führen, dass Markengetränke einen wichtigeren Stellenwert im Gastronomiekanal verglichen mit dem Heimkonsumkanal haben.<sup>46</sup> 65. Auch die Europäische Kommission unterscheidet beim Getränkeabsatz zwischen verschiedenen Kanälen. So ging sie in ihrem Entscheid Cadbury Schweppes plc/Pernod Ricard S.A. davon aus, dass der Absatzkanal für Heimkonsum (Home-Consumption) und derjenige für Ausser-Haus-Konsum (On-Premises-Consumption) bezüglich den Vertrieb alkoholfreier Getränke in Frankreich zu unterschiedlichen Märkten gehören.<sup>47</sup> Gemäss der Europäischen Kommission werden im Ausser-Haus-Kanal Getränke in Einzelpackungen verkauft oder kommen von Schankanlagen (fountain servings), während Produkte für den Heimkonsum in Multipackungen angeboten werden und von den Endkonsumenten oft in grossen Mengen gelagert werden.<sup>48</sup> Weiter weist sie darauf hin, dass die Stückpreise beim Heimkonsum tiefer sind und dass sich die Art der Werbung in den beiden Absatzkanälen oft stark unterscheidet. Auch nimmt die Europäische Kommission in ihrem Entscheid vom 22. Juni 2005 eine Unterscheidung zwischen Haushalts- und Ausser-Haus-Vertriebskanal vor, und zwar für den KEG-Markt, also der Markt für kohlenensäurehaltige Erfrischungsgetränke.<sup>49</sup> 66. In ihrem Entscheid Getränke Holding/Coca Cola AG/ Coca Cola Beverages AG unterschied die WEKO zuerst zwischen alkoholischen und alkoholfreien Getränken und zeigte dann auf, dass alkoholfreie Getränke, die in den Absatzkanal Gastronomie gehen, gemäss ihren Eigenschaften und ihres Verwendungszwecks insbesondere in vier Gruppen unterteilt werden können: Heissgetränke (Kaffee, Tee, Schokoladegetränke), Mineralwasser, kohlenensäurehaltige Softdrinks (nachfolgend: CSD) 50 inkl. Eistee (Getränke mit Cola-, Citro-, Orangengeschmack, Rivella etc.) sowie Fruchtsäfte.<sup>51</sup> Die drei letztgenannten Gruppen betrachtete sie im selben Entscheid als sachlich relevante Märkte, liess die exakte Marktabgrenzung aber letztlich offen – auch dahingehend, ob der Markt enger abzugrenzen ist.

<sup>46</sup> Zu Exklusivvereinbarungen bezüglich Getränke im Gastronomiebereich siehe RPW 2005/1, 123 Rz 106, Feldschlösschen Getränke Holding/Coca Cola AG/Coca Cola

Beverages AG. 47 COMP/M.2504 (2001), 2 Rz 7 und 3 Rz 13, Cadbury Schweppes plc/Pernod Ricard S.A. Zum Home-Consumption gehören gemäss diesem Entscheid Lebensmitteldetailhändler und andere Detailhändler für Konsumenten, die zuhause konsumieren, zum On-Premises-Consumption z.B. Hotels, Restaurants und Cafés (sog. Horeka-Kanal). 48 Vgl. COMP/M.2504 (2001), 3 Rz 13, Cadbury Schweppes plc/Pernod Ricard S.A. 49 Vgl. COMP/A.39.116/B2 (2005), Rz 21, Coca-Cola. Als einen Grund für diese Unterteilung gibt die Europäische Kommission an, dass der Verkauf eines KEG im Ausser-Haus-Vertriebskanal im Gegensatz zum Haushalts-Vertriebskanal an die Erbringung zusätzlicher Leistungen geknüpft sei. Als weitere Gründe nennt sie erhebliche Preisunterschiede, die unterschiedliche Verwendung von Gebindemischungen, die technische Verkaufsausstattung und die unterschiedliche Rolle der Zwischenhändler in den beiden Vertriebskanälen. 50 CSD ist die Abkürzung für carbonated soft drinks. Die Europäische Kommission übersetzt diesen Begriff mit kohlenstoffhaltigen 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 kohlenstoffhaltigen Softdrinks spricht und die Abkürzung CSD für kohlenstoffhaltige Softdrinks inkl. Eistee verwendet (vgl. RPW 2005/1, 118 Rz 59). Ein weiterer Begriff für CSD ist kohlenstoffhaltige Süssgetränke. Nachfolgend wird die Abkürzung CSD nur für kohlenstoffhaltige 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. Eistee) in den Horeka-Kanal und einen solchen für den Absatz von CSD (inkl. Eistee) in den Detailhandelskanal ab (RPW 2008/3, 427 Rz 59 und 430 Rz 86).

32-00013/COO.2101.111.4.136155

## **E. 22**

67. Während, wie vorgehend aufgezeigt (vgl. Rz 66), die WEKO CSD und Eistee zum selben sachlich relevanten Markt zählt, gehören diese beiden Getränkearten gemäss der Europäischen Kommission nicht zum selben sachlich relevanten Markt. So schilderte sie in ihrer Entscheidung bezüglich Coca-Cola vom 22. Juni 2005, dass gemäss der vorläufigen Beurteilung der Kommission der KEG-Markt der sachlich relevante Markt sei.<sup>52</sup> Als ausdrücklich ausserhalb dieses sachlich relevanten Marktes wurde Eistee genannt, nebst einer Reihe weiterer 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 Marktabgrenzung in weitere Getränkearten zu unterteilen. So ging die Europäische Kommission in Coca-Cola/Amalgamated Beverages GB von einem eigenen sachlich relevanten Markt für das Angebot 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.<sup>53</sup> Die Frage, ob Cola-Getränke und CSD ohne Cola-Geschmack zu unterschiedlichen sachlich relevanten Märkten gehören, liess sie in späteren Entscheiden offen.<sup>54</sup> Ebenfalls liess sie offen, ob CSD ohne Cola-Geschmack weiter in verschiedene Geschmacksrichtungen unterteilt werden sollten.<sup>55</sup> 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 Eistee beinhaltet oder in

einen Markt, welcher CSD mit Cola-Geschmack von anderen Geschmacksrichtungen 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 Unternehmen, Lebensmitteldetailhändler, 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 diskutiert: 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, Catering-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

## **E. 23**

Marktgegenseite von Herstellern von alkoholfreien Erfrischungsgetränken dar. Dabei beziehen sie CSD hauptsächlich bei Anbietern in der Schweiz, in einem eher geringen Umfang finden aber auch Bezüge aus dem Ausland statt, bezüglich [Marke] beispielsweise durch den [G] (vgl. Rz 2) oder durch Denner.<sup>56</sup> Einfuhrzölle fallen beim Import von CSD oder Eistee aus dem EU-Raum nicht an,<sup>57</sup> dennoch kann die Einfuhr von CSD oder Eistee, nebst der allenfalls grösseren Transportdistanz, zusätzlichen Aufwand mit sich bringen, so beispielsweise aufgrund eines Pflichtpfands im Herstellerland<sup>58</sup> oder wenn das Produkt neu etikettiert werden muss, z.B. um sicherzustellen, dass es in einer schweizerischen Landessprache angeschrieben ist.<sup>59</sup> 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 kohlenstoffhaltige Softdrinks inkl. Eistee, Mineralwasser und Fruchtsäfte, jeweils unterteilt in einen Getränkeabsatz an Gaststätten und einen solchen an Privatpersonen zwecks Heimkonsum, national abgegrenzt. 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 begrenzten

räumlichen Gebiet nachfragen.<sup>61</sup> 73. Auch die Europäische Kommission hat in der Vergangenheit Märkte, welche CSD betreffen, national abgegrenzt.<sup>62</sup> 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 unterschiedlichen Konsumgewohnheiten und die Unterschiede bei den Anteilen an den nationalen Märkten.<sup>63</sup> Bei Cadbury Schweppes plc/Pernod Ricard S.A. nannte sie eine Reihe von Gründen, die in vorhergehenden Entscheidungen bezüglich alkoholfreier Getränke für eine nationale 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 Pflichtfand, 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. November 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 Beverages 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 derjenige 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

## **E. 24**

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. BMW<sup>64</sup> 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),<sup>65</sup> 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 ansässigen 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

## **E. 25**

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.“<sup>66</sup> 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 haben<sup>67</sup>, und in wirtschaftlicher Hinsicht [...] gemeinsam als kollektive Einheit auftreten oder handeln<sup>68</sup>.“<sup>69</sup> 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

## **E. 26**

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],<sup>70</sup> die Mineralwasser als auch aromatisierte Mineralwässer ([...], [...], [...]) herstellt. Zudem stellt die [CH] Eistee ([...]) her.<sup>71</sup> Über 90 % der von ihr vertriebenen Getränke produziert die [CH] in der Schweiz.<sup>72</sup> 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.<sup>73</sup> 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.<sup>74</sup> Zu den wichtigsten Konkurrenten der [CH] im Bereich CSD in der Schweiz dürften im Gastronomiesektor die [...]<sup>75</sup> und im Lebensmittelhandel die zur [...] Gruppe gehörende [...] (nachfolgend: [...]) gehören. Letztere füllt nebst Mineralwasser auch aromatisierte Mineralwässer, Erfrischungsgetränke (u.a. [...]) und Sirup ab.<sup>76</sup> 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 [...].<sup>77</sup>

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. Tabelle 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

## **E. 27**

87. Gemäss SMS wurden in der Schweiz 2013 616 Mio. Liter (2011: 642 Mio. Liter) Erfrischungsgetränke und Soft-Drinks konsumiert und 549 Mio. Liter (2011: 562 Mio. Liter) Erfrischungsgetränke und Soft-Drinks produziert. 78 2011 setzte die [CH] [...] Mio. Liter CSD ab,<sup>79</sup> was in Relation zu den insgesamt 2011 in der Schweiz konsumierten Erfrischungsgetränken und Soft-Drinks gemäss SMS und korrigiert um aromatisierte Mineralwässer einem Marktanteil in diesem Bereich von [...] % entspricht (vgl. Tabelle 6).<sup>80</sup> Damit ist die [CH] die Nummer eins beim schweizweiten Absatz von CSD. Zudem verkaufte die [CH] [...] Mio. Liter Süssgetränke ohne Kohlensäure, davon [...] Mio. Liter Eistee. Geht man von einem schweizweiten Konsum von Eistee von rund 227 Mio. Liter aus,<sup>81</sup> so beträgt der Marktanteil der [CH] bei CSD plus Eistee in der Schweiz rund [...] % (vgl. Tabelle 6).<sup>82</sup> 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 gesamtschweizerischen 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- samt- markt [Mio. Liter]

Ge- samt- markt [Mio. Liter] Absatz [Mio. Liter] MA [%] Absatz [Mio. Liter] MA [%]  
Absatz insgesamt [...] [...] 625 [...] [...] 851

78 Ohne Eistee, Fruchtsäfte, Nektare, Energydrinks und isotonische Getränke, aber inklusive aromati- sierte Mineralwässer (siehe <www.erfrischungsgetranke.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 allge- mein (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 Mineralwäs- ser produziert und konsumiert (vgl. siehe <www.erfrischungsgetranke.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, Sep- tember 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 (nach- folgend: 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

## E. 28

Absatzkanäle CSD CSD plus Eistee [CH] Ge- samt- markt [Mio. Liter]

Ge- samt- markt [Mio. Liter] Absatz [Mio. Liter] MA [%] Absatz [Mio. Liter] MA [%]  
davon in - Gastronomiekanal - Heimkonsumkanal

[...]-[...] [...] [...] Hypothese > [...] < [...]

k. A. k. A.

[...]-[...] [...] [...] Hypothese > [...] < [...]

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 be- züglich 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 Gastronom gegenüber sieht, verhältnismässig weniger gewichtet wird als der Preis des Produkts im Detailhandel.<sup>85</sup> 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. <sup>89</sup> 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. <sup>84</sup> 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. <sup>85</sup> Vgl. RPW 2008/3, 428 Rz 71, Heineken/Eichhof.

32-00013/COO.2101.111.4.136155

## **E. 29**

rechnete 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).<sup>86</sup> 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.<sup>87</sup> Weiter sah sich die [CH] gegenüber dem Sekretariat gemäss ihrer Antwort vom 28. Februar 2013 auf den Fragebogen des Sekretariats vom 6. Dezember 2012 [...].<sup>91</sup> Gemäss dem Geschäftsbericht 2013 der [CH]-Gruppe gehen nahezu 38 % aller alkoholfreien, trinkfertigen Getränke in der Schweiz in den Horeka-Kanal.<sup>88</sup> In diesem Markt dürfen neben 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.<sup>89</sup> Mit [...]–[...] % für CSD resp. [...]–[...] % für CSD plus Eistee (vgl. Rz 91) fällt die vom Sekretariat basierend auf den Geschäftsbericht 2013 gemachte Schätzung der schweizweiten 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.<sup>87</sup> [www.erfrischungsgetraenke.ch](http://www.erfrischungsgetraenke.ch) (12.08.2015).<sup>88</sup> [www.<\[www\]>](http://www.<[www]>) (13.08.2015).<sup>89</sup> Abweichungen hiervon könnte es geben, wenn z.B. im Restaurant eher Mineralwasser, zuhause dagegen 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

## E. 30

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, Gastronomiekanal CSD plus Eistee, Gastronomiekanal Gesamtmarkt [Mio. Liter]

Marktanteil [CH] [%] Gesamtmarkt [Mio. Liter] Marktanteil [CH] [%] Schätzung basierend auf Geschäftsbericht 2013 der [Y] 237 [...]–[...] 324 [...]–[...] Hypothese zur starken Marke (vgl. Rz 88 und Tabelle 6) k. A. > [...] k. A. > [...] 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.<sup>90</sup> 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 vermutlich 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 Minderheit 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.<sup>91</sup> 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

### **E. 31**

Marktanteil der [I] in Italien (sämtliche Absatzkanäle) für 2013 bei CSD inkl. Eistee [...] % und bei CSD [...] %.<sup>92</sup> 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,

Frankeich, 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 Allge- meinen 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 Gastronomieka- nal 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 deut- lich kleiner sind als die [X] und ihre Abfüller zusammen, hat hierzu aber keine konkreten An- gaben. Ebenso dürfte [Marke] beim Absatz von CSD mit Cola-Geschmack in den Gastrono- miekanal 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 vorge- hend ausgeführt, aufgrund der ungenügenden Datenlage vorliegend nicht abschliessend be- antwortet werden, auch wenn die Indizien eher für eine marktbeherrschende Stellung spre- chen. 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 Preisüberwachungsgesetzes<sup>93</sup> 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 Abfüll- betriebe 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

Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktge- genseite benachteiligen. Es kann zwischen einem sog. Behinderungsmisbrauch und einem sog. Benachteiligungs- bzw. Ausbeutungsmisbrauch unterschieden werden.<sup>94</sup> Ein Behinderungsmisbrauch 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.<sup>95</sup> Demgegenüber wird bei ei- nem 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.<sup>96</sup> Während Behinderungssachverhalte ihrem Wesen nach wettbewerbsbezogen sind, spielen sich Ausbeutungssachverhalte im wettbe- werbsfreien Raum ab, und zwar gegenüber der anbietenden oder nachfragenden Marktge- genseite.<sup>97</sup> Anzumerken ist, dass gewisse Verhaltensweisen von marktbeherrschenden Unter- nehmen zugleich hindernd und benachteiligend (ausbeutend) sein können.<sup>98</sup> 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. konkreti- 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: <sup>99</sup> 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. <sup>101</sup> 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 <sup>102</sup> 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.<sup>100</sup> 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 Verweis auf BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 98), Art. 7 KG N 97.

32-00013/COO.2101.111.4.136155

### E. 33

Anbieters auf dem relevanten Markt voraus, dass 1) dieser sich weigert, Geschäftsbeziehungen zu unterhalten, 2) der verweigerte 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.<sup>101</sup> 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.<sup>102</sup> 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").<sup>103</sup> 104. Gestützt auf Aussagen von [X]-Abfüllern gegenüber dem Sekretariat [...] grundsätzlich bereit, Abnehmer in der Schweiz zu beliefern (vgl. Rz 140).<sup>104</sup> [...] die [I] mit Schreiben vom 18. November 2013 die Frage des Sekretariats [...], ob sie bereit sei, [den Getränkehändler 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 Kundengruppen beliefert. Auch die [F] beliefert gemäss Auskunft der [B] vom 3. Oktober 2013 sämtliche Kundengruppen in der Schweiz.

32-00013/COO.2101.111.4.136155

#### **E. 34**

Markt kein Substitut gibt, das diese verwenden könnten, um die negativen Folgen der Verweigerung wenigstens langfristig aufzufangen (z.B. durch Duplizierung des Inputs).<sup>105</sup> 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 Geschäftsverweigerung vorliegt, weil [einer oder mehrere ausländischen Abfüller] dem [G] nicht die gleichen Konditionen (keine Werbekostenbeiträge) [anbietet/angeboten] wie [seinen/ihren] Abnehmern im eigenen Land, so besteht doch immerhin eine Alternativquelle, bei der 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 Werbekostenzuschüssen bei einem Direktbezug bei [...] wiederum via einen Händler im gleichen Land beziehen kann und so wiederum einen gewissen Preisvorteil gegenüber einem Direktbezug ohne Werbekostenzuschüsse erlangt.<sup>106</sup> 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 Alternativquelle, 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] eigentlich 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. Werbekostenzuschüsse) bezogen werden. Dieses Substitut erlaubt es dem [G], die allfälligen negativen Folgen der Verweigerung von Werbekostenzuschüssen bei Direktbelieferung seitens [einer oder mehrerer [X]-Abfüller im benachbarten Ausland] zu verringern. Somit ist das Kriterium 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.

<sup>105</sup> 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 Behinderungsmissbrauch 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.<sup>106</sup> 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

## **E. 35**

B.3.2.1.3. Wettbewerbsbehinderung und legitimate business reasons<sup>109</sup>. In Bezug auf allfällige legitimate business reasons sei lediglich vermerkt, dass [...] angegeben hatte, Lieferengpässe gehabt zu haben ([...]). Mangelnde Lieferkapazitäten können eine Lieferverweigerung rechtfertigen.<sup>107</sup> 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.<sup>108</sup> 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 legitimate business reasons.<sup>109</sup> 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/gewähren], 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.<sup>110</sup> Eine Diskriminierung kann bei der Ungleichbehandlung 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 unterschiedliche 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 Zusatzversicherung 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

### E. 36

an, so spricht man von indirekter Diskriminierung.<sup>111</sup> 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 regionaler Faktoren zu stärken.<sup>112</sup> 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.<sup>113</sup> Eine der häufigsten Formen der Diskriminierung ist diejenige, welche auf den Preis oder dessen Bestandteile ausgerichtet ist.<sup>114</sup> Sie kann sich aber auch auf andere Geschäftsbedingungen beziehen, z.B. auf mehr oder weniger umfassende verkaufsfördernde Unterstützung oder die Verpflichtung einen Zwischenhändler beizuziehen.<sup>115</sup> Um zu entscheiden, ob ungleiche Geschäftsbedingungen vorliegen, ist zu untersuchen, ob die Geschäftsbedingungen für das marktbeherrschende Unternehmen unterschiedliche Einkünfte generieren.<sup>116</sup> 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 Sekretariat von [...] nur Daten der [D], d.h. des Abfüllers in Deutschland, vor (vgl. Rz 27 und 108).<sup>117</sup> 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 [Rappen] prozentual [%] 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, Tarifverträge 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,

### **E. 37**

Lieferant Ersparnis verglichen mit Bezug beim Abfüller in der Schweiz absolut [Rappen]  
prozentual [%] 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 Getränkeshändler in Deutschland  
konnte der [G] 2013 pro 33-cl- MW-Glasflasche [Marke] verglichen mit einem Bezug beim  
Abfüller in der Schweiz ge- schätzte [...]–[...] Rappen<sup>118</sup> und somit [...]–[...] %  
sparen.<sup>119</sup> Dabei konnte der [G] davon profitieren, dass der Getränkeshändler 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 Werbekostenzu- schüssen teilhaben zu lassen. Diese  
Werbekostenzuschüsse betragen im Februar 2013 [...] Cent pro 33cl-MW-Glasflasche  
[Marke]. Hätte der [G] diese zu jenem Zeitpunkt ebenfalls be- kommen, 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 Geträgrogshändler in Deutschland gewährt werden (vgl. Rz  
27). [...] beim französi- schen und italienischen Abfüller geht das Sekretariat davon aus,  
dass diese zwar Werbekos- tenzuschüsse an einheimische Abnehmer, nicht aber an  
schweizerische Abnehmer gewäh- ren (vgl. Rz 113). So gibt es vermutlich eine je  
nach geographische Lage des Abnehmers klar unterschiedliche Vorgehensweise [...]  
bezüglich die Gewährung von Werbe- kostenzuschüssen. Geht man davon aus, dass es sich  
beim Bezug von schweizerischen Ab- nehmern einerseits und Abnehmern, die aus dem  
gleichen Land stammen wie der [X]-Abfül- ler 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.<sup>120</sup> 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 Werbe- massnahmen 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

### E. 38

da unterschiedliche Geschäftsbedingungen auf nicht gleichartige Situationen angewendet werden.<sup>121</sup> 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 Lebensmitteldetailhandel 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.<sup>122</sup> Eine Studie der österreichischen Wettbewerbsbehörde zum Lebensmitteldetailhandel 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.<sup>123</sup> 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.<sup>124</sup> 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 Berücksichtigung 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

### **E. 39**

reicht, dass über einen Leistungsaustausch verhandelt wird.<sup>125</sup> Vorliegend handelt es sich beim [G] resp. [dem Getränkehändler 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.<sup>126</sup> 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.<sup>127</sup> 121. 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.<sup>128</sup> 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.<sup>129</sup> 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 Aufgreifstatbestand, in: Jusletter, 25. März 2013, Rz 26. 128 Gemäss dem Entscheid SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC) ist der Diskriminierungstatbestand 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

#### **E. 40**

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 Wettbewerbsschädigung nachgewiesen werden muss oder ob diese per se aufgrund des diskriminierenden Verhaltens vorliegt, ist in der Lehre umstritten.<sup>130</sup> 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.<sup>131</sup> 124. Der [G] ist ein Arbeitgeberverband mit rund 500 Mitgliedern<sup>132</sup> 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 [...].<sup>133</sup> 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 [...]<sup>134</sup> und [...]. Wenngleich der [G] selbst kein klassischer Getränkehändler ist, offerierte die [D] im Januar 2013 die von diesem angefragte Menge an 33-cl-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 Getränkfachhändler 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

#### **E. 41**

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 Wettbewerbschädigung 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 Getränkeshändler 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 vermutlich mindestens teilweise gewisse Gegenleistungen seitens der Grosshändler gegenüberstehen. B.3.2.2.4. Legitimate business reasons 131. Schliesslich können legitimate business reasons eine Abweichung vom Gleichbehandlungsgebot rechtfertigen. So kann eine Diskriminierung z.B. dann aus Gründen ökonomischer Effizienz gerechtfertigt sein, wenn die Handelspartner differenzierte Gegenleistungen erbringen (bspw. unterschiedliche verkaufsfördernde Aktivitäten oder Marketingdienstleistungen).<sup>136</sup> 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

#### **E. 42**

Das Sekretariat fand zwar Hinweise, dass diese Zuschüsse höher sein könnten als die erbrachten Leistungen,<sup>137</sup> 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 Wettbewerbschädigung 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

#### **E. 43**

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/ihrer] eigenen Land [beliefert/beliefen] 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

#### **E. 44**

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 weiter verkaufen können. Den Antworten war zu entnehmen, dass die Kunden [des [X]-Abfüllers/der [X]-Abfüller] in [...] an Unternehmen in der Schweiz weiter verkaufen 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 Aus- land 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 Un- tersuchungsverfahren 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 Wettbewerbsbeschränkung<sup>140</sup> herangezogen wer- den. 144. Die Frage, ob der Umstand, dass der [G] resp. [der Getränkehändler 2] keine Werbe- kostenzuschüsse bekommen, wenn sie direkt bei der [D], also dem [X]-Abfüller in Deutsch- land, beziehen, Getränkegrosshändler in Deutschland dagegen schon, zu einem Wettbe- werbsnachteil 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 wel- chem Ausmass die [D] Gegenleistungen für ihre Werbekostenzuschüsse erhält. Diese zu be- ziffern 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 BVer, 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 Wettbe- werb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern.

32-00013/COO.2101.111.4.136155

## E. 45

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 Erspar- nis 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 Scha- den 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 Ge- tränkehändler in Deutschland ergibt, hängt vom Ausmass der Weitergabe dieser Ersparnis an die Gastronomen und von diesen an die Endkonsumenten ab. Dabei profitieren die Kon-

umenten 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 Konsumentenwohl- fahrt vor- nehmen kann.<sup>141</sup> Schliesslich kann die Frage, ob vorliegend eine Schädigung der Konsum- entenwohl- fahrt 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. <sup>147</sup> 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 Werbekostenzu- schüsse 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.<sup>142</sup> <sup>148</sup> Das Sekretariat verweist den [G] bezüglich die Marktstellung und die Verhaltensweise der [X] und ihrer Abfüller auf den Zivilweg (Art. 12 ff. KG).

<sup>141</sup> Von der Höhe der Weitergabe allfälliger Preisvorteile hängt ab, wie stark Endkonsumenten schliesslich von diesen Preisvorteilen profitieren könnten. Gemäss GastroSuisse fallen im Gastge- werbe (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 lei- der keine diesbezüglichen Daten vor. Anzumerken ist, dass diese Faktoren direkt nichts darüber aus- sagen, 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 Perso- nalkosten haben. <sup>142</sup> Auch beim Entscheid Vereinbarung santésuisse betreffend Kundenwerbung wurde u.a. mit Verweis auf die erwartete lange Verfahrensdauer und den grossen Ressourcenaufwand die Vorabklärung ein- gestellt (vgl. RPW 2014/1, 178 Rz 175).

32-00013/COO.2101.111.4.136155

## **E. 46**

B.6 Zusammenfassung <sup>149</sup>. 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/beliefen] und dabei Werbekostenzuschüsse [gewährt/ge- wahren], 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 Vorliegen 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

#### **E. 47**

[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.

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