

WEKO poeschl-tabakprodukte-2021-06-28 vom 28. Juni 2021

WEKO, 2021-06-28, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/weko_poeschl-tabakprodukte-2021-06-28

FR: WEKO poeschl-tabakprodukte-2021-06-28 du 28 juin 2021

IT: WEKO poeschl-tabakprodukte-2021-06-28 del 28 giugno 2021

Erwägungen

E. 26

Das Kartellgesetz gilt in persönlicher Hinsicht sowohl für Unternehmen des privaten wie auch für solche des öffentlichen Rechts (Art. 2 Abs. 1 KG). Als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1bis KG).³⁷

E. 27

Die vorliegende Untersuchung richtet sich gegen Pöschl.³⁸ Pöschl Deutschland ist unter anderem in der Entwicklung und Herstellung sowie im Handel und Vertrieb von Vertragsprodukten tätig (vgl. oben, Rz 6). Die Vertriebspartnerinnen von Pöschl Deutschland vertreiben die von ihr hergestellten oder vertriebenen Produkte an Kundinnen und Kunden. Dies zeigt, dass Pöschl Deutschland, wie auch ihre Vertriebspartnerinnen Güter und Dienstleistungen anbieten und als Unternehmen i.S.v. Art. 2 Abs. 1bis KG zu qualifizieren sind. B.1.2. Sachlicher Geltungsbereich

E. 28

In sachlicher Hinsicht erstreckt sich das Kartellgesetz auf das Treffen von Kartell- und anderen Wettbewerbsabreden, auf die Ausübung von Marktmacht sowie auf die Beteiligung an Unternehmenszusammenschlüssen (Art. 2 Abs. 1 KG). Der Begriff der Wettbewerbsabrede wird in Art. 4 Abs. 1 KG definiert. Ob Pöschl Deutschland mit ihren Vertriebspartnerinnen solche Abreden getroffen hat und ob unzulässige Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 KG vorliegen, wird nachfolgend im Rahmen der Beurteilung erörtert. Es wird auf die dortigen Ausführungen verwiesen (vgl. unten, Rz 41 ff.). B.1.3. Örtlicher Geltungsbereich

E. 29

In räumlicher Hinsicht ist das Kartellgesetz auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland verursacht werden (sog. Auswirkungsprinzip; Art. 2 Abs. 2 KG). Mit anderen Worten kommt es nicht darauf an, wo eine Wettbewerbsbeschränkung veranlasst wurde. Stattdessen ist massgebend, ob sich diese auf den schweizerischen Markt auswirkt.³⁹ Dabei ist der örtliche Anwendungsbereich nach Rechtsprechung des Bundesgerichts weit auszulegen, damit das Kartellgesetz nicht seiner Wirksamkeit beraubt wird und damit sichergestellt werden kann, dass die WEKO überhaupt mit der Prüfung beginnen kann, ob sich eine Abrede beschränkend auswirkt. Erst im Rahmen der materiellen Best-

³⁷ JENS LEHNE, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.) 2010, Art. 2 N 14. ³⁸ Act. [...]. ³⁹ Botschaft vom 23.11.1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle

und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Botschaft KG 1994), BBl 1995 I 535.

10

immungen ist eine vertiefte Prüfung der Wirkungen von Wettbewerbsbeschränkungen durchzuführen.⁴⁰ Wenn Pöschl Deutschland mittels Abreden mit ihren europäischen Vertriebspartnerinnen Exporte in die Schweiz verhindert bzw. behindert hat, hat dieser im Ausland verursachte Sachverhalt potenzielle Auswirkungen auf die Wettbewerbsverhältnisse in der Schweiz.⁴¹ Das Kartellgesetz ist folglich anwendbar. B.2. Zuständigkeit der Gesamtkommission der WEKO

E. 30

Die Zuständigkeit der Wettbewerbsbehörden bestimmt sich nach Art. 18 Abs. 3 Satz 1 KG und den Vorschriften des GR-WEKO⁴². Danach trifft die Gesamtkommission der WEKO die Entscheide, welche nicht ausdrücklich einem anderen Organ oder dem Sekretariat zugewiesen sind.

E. 31

Vorliegend soll die WEKO mittels verfahrensabschliessender Endverfügung darüber entscheiden, ob gegen Pöschl Deutschland wegen eines Verstosses gegen das Kartellgesetz Massnahmen (Handlungs- und Unterlassungspflichten, Sanktionen) zu erlassen sind. Hierfür ist vorliegend die Gesamtkommission der WEKO zuständig (vgl. auch Art. 10 Abs. 1 GR-WEKO). B.3. Parteien/Verfügungsadressatinnen

E. 32

Gemäss Art. 6 VwVG⁴³ (i.V.m. Art. 39 KG) gelten als Parteien Personen, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung berühren soll. Vorliegend ist Pöschl Deutschland Verfügungsadressatin.

E. 33

Die Untersuchung wird aus Verhältnismässigkeitsgründen nicht auf die europäischen Vertriebspartnerinnen von Pöschl ausgedehnt. Dies entspricht der bisherigen Praxis der WEKO beim Vorliegen von vertikalen Abreden nach Art. 5 Abs. 4 KG.⁴⁴ B.4. Vorbehaltene Vorschriften

E. 34

Dem Kartellgesetz sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen (Art. 3 Abs. 1 KG). Nicht jede staatliche Intervention führt jedoch zu einer Ausschaltung des Wettbewerbsprinzips auf einem bestimmten Markt: Lassen der gesetzliche Rahmen und das dadurch geschützte öffentliche Interesse dafür Raum, so kommen die wettbewerbsrechtlichen Regeln auch hier zum Tragen. Es geht um die Frage, inwieweit das Kartellgesetz auf Wirtschaftsbereiche Anwendung finden kann, in denen der Staat mittels öffentlich-rechtlicher Vorschriften die Wettbewerbsfreiheit ganz oder teilweise aufgehoben hat, weil im betreffenden Bereich das Regelsystem Markt seine Funktionen nicht oder nicht hinlänglich zu erfüllen vermag (sog. Marktversagen). Bei der Rechtsanwendung

⁴⁰ Urteil des BGer 2C_63/2016 vom 24.10.2017, RPW 2017/4, 691 E.3, BMW; BGE 143 II 297, E. 3.2.1 ff., (= RPW 2017/2, 346 ff. E. 3.2.1 ff.), Gaba. ⁴¹ Vgl. RPW 2000/2, 209 Rz 47, Volkswagen-Vertriebssystem. ⁴² Geschäftsreglement der Wettbewerbskommission

vom 15.6.2015 (Geschäftsreglement WEKO, GR- WEKO); SR 251.1. 43 Bundesgesetz vom 20.12.1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021). 44 Vgl. RPW 2019/4 1142 Rz 29, Stöckli, Rz RPW 2017/2, 286 Rz 27 und 294 Rz 109, Husqvarna; RPW 2016/3, 736 Rz 95 ff., Saiteninstrumente; RPW 2016/2, 398 f. Rz 127, Altimum SA; RPW 2016/2, 482 ff. Rz 345 ff., Nikon AG; RPW 2012/3, 551 ff. Rz 107 ff., BMW.

11

haben die Wettbewerbsbehörden nur zu prüfen, ob der Gesetzgeber von einem Marktversagen ausgegangen ist und deshalb mit seinen Vorschriften den Wettbewerb ausschalten wollte.⁴⁵

E. 35

Pöschl Deutschland brachte während des Verfahrens vor, dass die geltenden Vorschriften betreffend Tabakprodukte (vgl. oben, Rz 12) vorbehaltene Vorschriften i.S.v. Art. 3 Abs. 1 KG seien und berief sich dabei auf eine Vorabklärung des Sekretariats aus dem Jahr 2000⁴⁶.⁴⁷

E. 36

Hinsichtlich Import und Handel von Tabakprodukten sind insbesondere Art. 3 Abs. 3 des früheren LMG⁴⁸ sowie die entsprechenden Verordnungen (LGV⁴⁹, TabV⁵⁰, Art. 73 LMG) einschlägig. Zudem sind die Verordnung des Eidgenössischen Departements des Innern (EDI) über kombinierte Warnhinweise auf Tabakprodukten⁵¹ und die Tabaksteuergesetzgebung zu beachten. Bei der Einfuhr von Tabakerzeugnissen sind ferner das THG und die VIPaV relevant.⁵²

E. 37

In Bezug auf die Einfuhr und das Inverkehrbringen von Produkten in die Schweiz ist insbesondere Art. 16a Abs. 1 THG⁵³ massgebend, wonach Produkte in der Schweiz in Verkehr gebracht werden dürfen, wenn sie: a. den technischen Vorschriften der Europäischen Gemeinschaft (EG) und, bei unvollständiger oder fehlender Harmonisierung in der EG, den technischen Vorschriften eines Mitgliedstaats der EG oder des EWRs entsprechen; und b. im EG- oder EWR-Mitgliedstaat nach lit. a rechtmässig in Verkehr sind (Cassis-de-Dijon-Prinzip). Davon ausgenommen sind Produkte, für die der Bundesrat nach Art. 4 Abs. 3 und 4 THG eine Ausnahme beschliesst (Art. 16a Abs. 2 lit. e THG).⁵⁴ Der Bundesrat hat für Tabakprodukte zwei derartige Ausnahmen beschlossen, die einerseits der Steuerfestsetzung und der steuer-

⁴⁵ Vgl. RPW 2006/4, 632 Rz 36 ff., Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking; RPW 2002/4, 666 E. 4.3.1, Elektra Baselland; ROLF H. WEBER, in: DIKE-Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch et. al. (Hrsg.), 2018, Art. 3 N 6; BBl 1995 I 468, 537 ff. ⁴⁶ RPW 2001/2, 237 Rz 7 lit. b, Zigarettenpreise. Gegenstand dieser Vorabklärung war der Vorwurf der abgestimmten Verhaltensweisen dreier Zigarettenhersteller hinsichtlich einer angekündigten Preiserhöhung für die meisten Zigarettenprodukte. Dabei wurde insbesondere abgeklärt, welche Wirkungen die Tabaksteuer und deren Veränderungen auf die Festlegung der Verkaufspreise und damit auf den Preiswettbewerb haben. Zusammenfassend wurde festgehalten, dass staatliche Vorschriften i.S.v. Art. 3 KG den Zigarettenmarkt erheblich einschränken und ihn soweit einer Beurteilung durch die WEKO entziehen. Hinsichtlich Importen von

Zigarettenprodukten wurde erwähnt, es sei nicht auszuschliessen, dass die Vorschriften betreffend die notwendigen Angaben auf der Verpackung, die Warnhinweise, die Sprache und die Werbeeinschränkungen den Schweizer Markt abschotten würden. Importe würden wegen den Regelungen und der Kleinheit des Marktes sehr teuer werden. 47 Act. [...]. 48 Bundesgesetz vom 9.10.1992 über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände (Stand am 1.10.2013, Lebensmittelgesetz, LMG; SR 817). 49 Verordnung des Bundesrats vom 23.11.2005 über Lebensmittel- und Gebrauchsgegenstände (Stand am 1.2.2016, Lebensmittel- und Gebrauchsgegenständeverordnung, LGV; SR 817.02). 50 Verordnung des Bundesrats vom 27.10.2004 über Tabakerzeugnisse und Raucherwaren mit Tabakersatzstoffen (Tabakverordnung, TabV; SR 817.06). 51 Verordnung des EDI vom 10.12.2007 über kombinierte Warnhinweise auf Tabakprodukten (SR 817.064). 52 Siehe auch: <<https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/gesetze-und-bewilligungen/gesetzgebung/gesetzgebung-mensch-gesundheit/gesetzgebung-tabakprodukte-schutz-vor-passivrauchen.html>> (28.6.2021). 53 Bundesgesetz vom 6.10.1995 über die technischen Handelshemmnisse (THG; SR 946.51). 54 Die vom Bundesrat beschlossenen Ausnahmen vom Cassis-de-Dijon-Prinzip müssen den Anforderungen von Art. 4 Abs. 3 und 4 THG entsprechen, d.h. sie müssen überwiegenden öffentlichen Interessen dienen, dürfen weder ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung noch eine verschleierte Beschränkung des Handels darstellen und sie müssen verhältnismässig sein.

12

lichen Kontrolle von Tabakprodukten und andererseits dem Schutz der menschlichen Gesundheit dienen. Diese Vorschriften sind weder als Mittel zur willkürlichen Diskriminierung, noch als eine verschleierte Beschränkung des internationalen Handels zu betrachten.⁵⁵

E. 38

Gestützt auf die vorstehenden Ausführungen deuten weder der Wortlaut der genannten Vorschriften noch ihr Sinn und Zweck, ihre Systematik oder der Wille des Gesetzgebers darauf hin, dass diese Vorschriften im Bereich Tabakprodukte den Wettbewerb i.S.v. Art. 3 Abs. 1 KG nicht zulassen würden. Je nach konkreter Sachverhaltskonstellation kann das Einführen in die Schweiz von gewissen Tabakerzeugnissen vom Cassis-de-Dijon-Prinzip allerdings ausgenommen sein. Damit dürfte der Wettbewerb in diesem Wirtschaftsbereich in beschränktem Umfang zwar behindert, jedoch nicht ausgeschaltet sein. Wie Pöschl Deutschland zutreffend festgehalten hat, dürften mit diesen Vorschriften allenfalls technische Handelshemmnisse für den Import von Tabakprodukten vorliegen.⁵⁶ Insgesamt ist in Bezug auf den Import von Tabakprodukten festzustellen, dass keine vorbehaltenen Vorschriften i.S.v. Art. 3 Abs. 1 KG vorliegen.

E. 39

Pöschl Deutschland führt dagegen aus, dass aufgrund der weitgehenden Tabakregulierung und im Einklang mit der bisherigen Praxis der WEKO Vieles dafürsprechen würde, das Kartellgesetz für nicht anwendbar zu erklären. Sofern das Kartellgesetz dennoch zur Anwendung kommen würde, sei es zwingend erforderlich, die besagte Tabakregulierung im Rahmen der Festlegung des Basisbetrages angemessen zu berücksichtigen.⁵⁷

E. 40

Wie bereits aufgezeigt wurde, schliesst die Tabakregulierung Wettbewerb nicht aus, sodass die Anwendung des Kartellgesetzes nicht in Frage steht. Darüber hinaus bringt Pöschl keine neuen Argumente vor. Für die Festlegung des Basisbetrags sei an die entsprechende Stelle dieser Verfügung verwiesen (vgl. Rz 83 ff.). B.5. Unzulässige Wettbewerbsabrede

E. 41

Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, sind unzulässig (Art. 5 Abs. 1 KG). B.5.1. Wettbewerbsabrede

E. 42

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, vgl. auch Ziff. 1 und 8 VertBek58).

E. 43

Eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG definiert sich daher durch folgende Tatbestandselemente: a) ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der 55 Vgl. Ziff. 2.1.1.4.1 Bericht des Bundesrates vom 31.10.2007 zur Überprüfung der Abweichungen im schweizerischen Produktrecht vom in der EG geltenden Recht, abrufbar unter: <<http://www.news-service.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/9990.pdf>> (26.4.2021), mit Verweis auf EuGH, ECLI:EU:C:1984:384, Rz 13, Vorübergehende Einfuhr von Kraftfahrzeugen – Befreiung von den Eingangsgabgaben; EuGH, ECLI:EU:C:1980:230, Rz 8 ff., Freier Warenverkehr – vorübergehende Einfuhr von Kraftfahrzeugen. 56 Act. [...]. 57 Act. [...]. 58 Bekanntmachung der WEKO vom 28.6.2010 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Vertikalbekanntmachung, VertBek), abrufbar unter: <www.weko.admin.ch>.

13

Abrede beteiligten Unternehmen, b) die Abrede bezweckt oder bewirkt eine Wettbewerbsbeschränkung und c) die an der Abrede beteiligten Unternehmen sind auf gleicher oder auf verschiedenen Marktstufen tätig.⁵⁹ B.5.1.1. Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken

E. 44

Am eindeutigsten ist der Nachweis eines «bewussten und gewollten Zusammenwirkens», wenn die Wettbewerbsabrede in der Form einer ausdrücklichen Vereinbarung vorliegt. Eine formelle vertragliche Grundlage des bewussten und gewollten Zusammenwirkens ist nicht notwendig, vielmehr sind abgestimmte Verhaltensweisen bis hin zu verbindlichen Vereinbarungen einschlägig,⁶⁰ wobei sich Vereinbarungen von den aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen durch den vorhandenen resp. nicht vorhandenen Bindungswillen unterscheiden.⁶¹ Die rechtliche oder tatsächliche Form des Zusammenwirkens und die Durchsetzungsmöglichkeit sind unerheblich.⁶² Entscheidend ist allein, dass zwei oder mehrere wirtschaftlich voneinander unabhängige Unternehmen kooperieren und so bewusst und gewollt auf die individuelle Festlegung der eigenen Wettbewerbsposition verzichten.⁶³

E. 45

Gemäss den Vertriebsverträgen zwischen Pöschl und sieben ihrer europäischen Vertriebspartnerinnen war es Letzteren untersagt, Vertragsprodukte ausserhalb ihrer Vertragsgebiete zu verkaufen oder an Dritte ausserhalb der jeweiligen Vertragsgebiete zu liefern (vgl. oben, Rz 9).⁶⁴ Das Vertragsbietet wurde in den jeweiligen Verträgen auf ein bestimmtes Land bzw. mehrere bestimmte Länder beschränkt.⁶⁵ Folglich verpflichteten sich die europäischen Vertriebspartnerinnen gegenüber Pöschl Deutschland vertraglich, unaufgeforderte Bestellungen von Kundinnen und Kunden (Händler sowie Endkundinnen und Endkunden) aus der Schweiz nicht zu bedienen (vgl. oben, Rz 7) und wirkten somit bewusst und gewollt mit Pöschl Deutschland zusammen. B.5.1.2. Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung

E. 46

Neben einem bewussten und gewollten Zusammenwirken muss die Abrede «eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken». Eine Abrede bezweckt eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn die Abredeteiligen «die Ausschaltung oder Beeinträchtigung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter zum Programm erhoben haben». Dabei genügt es, wenn der Abredeinhalt objektiv geeignet ist, eine Wettbewerbsbeschränkung durch Ausschaltung eines Wettbewerbsparameters zu verursachen. Die subjektive Ansicht der an der Abrede Beteiligten ist unerheblich.

⁵⁹ So etwa auch das Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 6.3, Paul Koch AG/WEKO. ⁶⁰ Siehe dazu etwa RPW 2020/4a, 1811 Rz 396, Bauleistungen Graubünden; RPW 2018/2, 237 Rz 31, Gym 80; s. a. RPW 2009/3, 204 Rz 49, Elektroinstallationsbetriebe Bern; SIMON BANGERTER/BEAT ZIRLICK, in: DIKE-Kommentar, Kartellgesetz, Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler (Hrsg.), 2018, Art. 4 Abs. 1 N 20 ff.; ferner THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Art. 4 Abs. 1 KG N 78 und 81. ⁶¹ Siehe dazu etwa RPW 2020/4a, 1811 Rz 396, Bauleistungen Graubünden; RPW 2018/2, 237 Rz 31, Gym 80; RPW 2018/1, 78 Rz 114, Verzinkung; RPW 2017/3, 421 Rz 194, Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal; RPW 2016/3, 731 Rz 77, Saiteninstrumente (Gitarren und Bässe) und Zubehör; RPW 2016/3, 652 Rz 61, Flügel und Klaviere; DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK, (Fn 60), Art. 4 Abs. 1 N 5. ⁶² Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 756 E. 3.2.2, Gaba/WEKO; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.4, Gebro/WEKO. ⁶³ Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 6.3.1.13, Paul Koch AG/WEKO; Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 5.3.1.1.20, Siegenia-Aubi AG/WEKO; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 756 E. 3.2.2, Gaba/WEKO; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.4, Gebro/WEKO. ⁶⁴ Act. [...]. ⁶⁵ Act. [...].

14

E. 47

Vorliegend ist die Exportverbotsklausel in den europäischen Vertriebsverträgen objektiv geeignet, Käufe von Vertragsprodukten durch Kundinnen und Kunden aus der Schweiz bei europäischen Vertriebspartnerinnen zu unterbinden und damit den Wettbewerb zu beschränken. B.5.1.3. Vertikale Wettbewerbsabreden

E. 48

Vertikale Abreden zeichnen sich dadurch aus, dass zwei oder mehrere wirtschaftlich selbständige Unternehmen verschiedener Marktstufen den Wettbewerb durch ein koordiniertes Verhalten beschränken. Dieses betrifft die Geschäftsbedingungen, zu denen die Unternehmen bestimmte Waren oder Dienstleistungen beziehen, verkaufen oder weiterverkaufen können (Ziff. 1 VertBek). Auf verschiedenen Marktstufen befinden sich Unternehmen, wenn sie tatsächlich oder der Möglichkeit nach auf unterschiedlichen Wirtschaftsstufen agieren d.h. auf unterschiedlichen Produktions- oder Vertriebsstufen tätig sind. Für die kartellrechtliche Beurteilung vertikaler Wettbewerbsabreden gelangt die Vertikalbekanntmachung zur Anwendung. Die Vertikalbekanntmachung findet auch Anwendung, wenn Wettbewerber eine nicht gegenseitige vertikale Vereinbarung treffen und der Anbieter zugleich Hersteller und Händler von Waren ist, der Abnehmer dagegen Händler, jedoch kein Wettbewerber auf der Herstellerebene (sog. dualer Vertrieb; Ziff. 8 Abs. 2 lit. a VertBek).

E. 49

Vorliegend ist ausschliesslich Pöschl Deutschland zugleich Herstellerin und Händlerin der Vertragsprodukte und die europäischen Vertriebspartnerinnen sind nur auf Handelsstufe tätig. Damit treten Pöschl Deutschland und die europäischen Vertriebspartnerinnen auf Händlerstufe als Wettbewerberinnen auf. Auf die bestehenden Abreden sind somit die Grundsätze der Vertikalbekanntmachung anwendbar (Ziff. 8 Abs. 2 lit. a VertBek). Pöschl Deutschland und ihre europäischen Vertriebspartnerinnen sind voneinander unabhängige Unternehmen, die auf verschiedenen Marktstufen tätig sind und Exportverbote vereinbarten. Zwischen Pöschl und den europäischen Vertriebspartnerinnen bestanden somit vertikale Wettbewerbsabreden. B.5.1.4. Abrededauer

E. 50

Der älteste vorliegende Vertrag stammt vom [...] (vgl. oben, Rz 9). Die Wettbewerbsabreden wurden am 31. Juli 2019 mit dem Versand der Rundschreiben an ausländische Vertriebspartnerinnen von Pöschl Deutschland eingestellt.⁶⁶ In den Rundschreiben wurde klargestellt, dass passive Verkäufe an Schweizer Kundinnen und Kunden zulässig sind (vgl. oben, Rz 15). B.5.2. Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs 51. 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 (sog. absolute Gebietsschutzabrede). Vorliegend kommt eine absolute Gebietsschutzabrede in Frage, weshalb nachfolgend die entsprechenden Tatbestandselemente geprüft werden.

⁶⁶ Act. [...].

15

B.5.2.1. Vorliegen von vertikalen Abreden über absoluten Gebietsschutz 52. Der Tatbestand des absoluten Gebietsschutzes setzt nach dem Wortlaut des Gesetzes Folgendes voraus: Erstens einen Vertriebsvertrag, zweitens eine Gebietszuweisung und drittens einen gebietsübergreifenden Verkaufsausschluss.⁶⁷ Mit anderen Worten liegt ein absoluter Gebietsschutz dann vor, wenn passive Verkäufe seitens gebietsfremder Vertriebspartner in zugewiesene Gebiete direkt oder indirekt untersagt sind.⁶⁸ 53. Indem sich die europäischen Vertriebspartnerinnen von Pöschl Deutschland ihr gegenüber im Rahmen von Vertriebsverträgen verpflichteten, Vertragsprodukte nicht ausserhalb des zugewiesenen

Vertragsgebiets zu vertreiben oder diese an Dritte zum Vertrieb ausserhalb des Vertragsgebiets zu liefern, haben Pöschl Deutschland und die europäischen Vertriebspartnerinnen eine vertikale Abrede über einen absoluten Gebietsschutz i.S.v. Art. 5 Abs. 4 KG geschlossen. Damit greift die gesetzliche Vermutung, dass wirksamer Wettbewerb beseitigt ist. Nachfolgend wird geprüft, ob die gesetzlich vermutete Beseitigung wirksamen Wettbewerbs widerlegt werden kann. B.5.2.2. Widerlegung der gesetzlich vermuteten Wettbewerbsbeseitigung 54. Die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs kann durch den Nachweis widerlegt werden, dass trotz der Wettbewerbsabrede noch wirksamer Wettbewerb bestehen bleibt. Für die Widerlegung der Vermutung ist eine Gesamtbetrachtung des Marktes unter Berücksichtigung des Intrabrand- und des Interbrand-Wettbewerbs massgebend. Ausschlaggebend ist, ob genügend Intrabrand- oder Interbrand-Wettbewerb auf dem relevanten Markt besteht oder die Kombination der beiden zu genügend wirksamen Wettbewerb führt (Ziff. 11 VertBek). Diese Gesamtbetrachtung erfordert vorab eine Abgrenzung der sachlich und räumlich relevanten Märkte. B.5.2.2.1. Relevante Märkte Sachlich relevante Märkte 55. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 lit. a VKU⁶⁷, der hier analog anzuwenden ist).⁷⁰ Die Definition des sachlich relevanten Marktes erfolgt aus Sicht der Marktgegenseite und fokussiert auf den strittigen Einzelfall. Der Begriff der «Marktgegenseite» bezeichnet die Gegenseite derjenigen Unternehmen, welchen die unzulässige Abrede vorgeworfen wird.⁷¹ Massgebend ist, ob aus deren Optik Waren oder Dienstleistungen miteinander im Wettbewerb stehen.⁷² Auszugehen ist vom Gegenstand der konkreten Untersuchung.⁷³

67 BGE 143 II 297, 328 E. 6.3 (= RPW 2017/2, 355 E. 6.3), Gaba; Urteil des BVGer, RPW 2016/3, 852 f. E. 7.3.1, Nikon AG/WEKO m.w.H. 68 BGE 143 II 297, 330 E. 6.3.5 (= RPW 2017/2, 356 E. 6.3.5), Gaba. 69 Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4). 70 BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), Publigroupe SA et al./WEKO. 71 RPW 2010/4, 670 Rz 165, Hors-Liste Medikamente/Pfizer. 72 BGer 2C.75/2014 vom 28.1.2015 E. 3.2, Hors-Liste Medikamente/Pfizer; BGE 139 I 72, (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), 93 E. 9.2.3.1, Publigroupe SA et al./WEKO; BEAT ZIRLICK/SIMON BANGERTER, in: DIKE-Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch et al. (Hrsg.), 2018, Art. 5 N 64 f. und 75. 73 BGE 139 I 72, (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), 93 E. 9.2.3.1, Publigroupe SA et al./WEKO.

16

56. Vorliegender Untersuchungsgegenstand sind die absoluten Gebietsschutzabreden zwischen Pöschl und den europäischen Vertriebspartnerinnen betreffend Schnupftabak und Feinschnitt. Wie bereits erwähnt wurde, ist Pöschl Deutschland als Herstellerin und Händlerin tätig (vgl. oben, Rz 4). Einige der Vertriebspartnerinnen sind gemäss dem Vertragswortlaut nicht nur auf der Grosshandels-, sondern gleichzeitig auch auf der Detailhandelsstufe tätig.⁷⁴ Marktgegenseite von Pöschl Deutschland sind folglich Gross- und Detailhändlerinnen von Schnupftabak und Feinschnitt. Marktgegenseite der europäischen Vertriebspartnerinnen von Pöschl Deutschland sind zum einen ebenfalls Detailhändlerinnen von Schnupftabak und Feinschnitt und zum anderen Endkundinnen und Endkunden. Die Nachfrage der Detailhändlerinnen wird vom Nachfrageverhalten der

Endkundinnen und Endkunden geleitet (abgeleitete Nachfrage). Demzufolge bilden die Präferenzen und das Verhalten der Endkundinnen und Endkunden den Ausgangspunkt für die Marktabgrenzung. 57. Der von den Endkundinnen und Endkunden nachgefragte Schnupftabak bzw. Feinschnitt ist gemäss den Angaben von Pöschl Deutschland aufgrund seiner unterschiedlichen Eigenschaften und Verwendungszwecke nicht mit anderen Tabakprodukten wie Tabak, Pfeifentabak, Kautabak, industriell hergestellten Zigaretten, Zigarren und Tabak zum oralen Gebrauch⁷⁵ substituierbar. Dafür sprechen auch die unterschiedlichen Vorlieben der Endkundinnen und Endkunden. Deshalb dürften die verschiedenen Tabakprodukte je separate sachliche Märkte bilden.⁷⁶ Ob diese Märkte je anhand der einzelnen Vertriebsstufen (Grosshandel und Einzelhandel) weiter zu unterteilen wären, kann im Rahmen der vorliegenden Untersuchung offengelassen werden, da dies keinen Einfluss auf das Ergebnis des vorliegenden Verfahrens hat.⁷⁷ Zum Zwecke der vorliegenden Untersuchung wird folglich von den separat abzugrenzenden sachlich relevanten Märkten für Schnupftabak bzw. für Feinschnitt ausgegangen. Räumlich relevante Märkte 58. Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU, der hier analog anzuwenden ist).⁷⁸ 59. Für die räumliche Marktabgrenzung ist relevant, wo die von einer marktabschottenden Massnahme betroffene Marktgegenseite die betroffenen Produkte nachfragt. In casu sind Schweizer Kundinnen und Kunden von den Exportverboten betroffen (vgl. oben, Rz 15). Sie fragen die Vertragsprodukte primär in der Schweiz, zumindest jedoch auch im grenznahen Ausland nach. Ohne den Markt abschliessend zu definieren, wird in casu basierend auf den verfügbaren Informationen davon ausgegangen, dass der sachlich relevante Markt für den Verkauf von Schnupftabak bzw. von Feinschnitt eine über die Schweiz hinausgehende Dimension aufweist. In Bezug auf die Bestimmung der Marktanteile ist dabei ausschliesslich die

74 Act. [...]. 75 Vgl. Art. 2 TabV. 76 Im Zusammenschlussverfahren Bat/Skandinavisk Tobakskompagni unterschied die EU-Kommission zwischen den separaten Märkten für fabrikgefertigte Zigaretten, für selbstgedrehte Zigaretten und für rauchfreie Tabakwaren (Snus, Kautabak, Schnupftabak). Ob letztgenannter Markt weiter zu segmentieren ist, wurde offengelassen (EU-KOMM, COMP/M.5086 vom 27.6.2008, Rz 12-18, Bat/Skandinavisk Tobakskompagni). Im Zusammenschlussverfahren Imperial Tobacco/Altadis unterschied die EU-Kommission ebenfalls separate Märkte für fabrikgefertigte Zigaretten, für selbstgedrehte Zigaretten, für Pfeifentabak und Zigarren (EU-KOMM, COMP/M.4581 vom 18.10.2007, Rz 10 ff., Imperial Tobacco/Altadis). 77 Im Zusammenschlussverfahren JT/Gallaher liess die EU-Kommission die Frage offen, ob der Einzel- und Grosshandelsvertrieb getrennte Märkte bilden (KOMM, COMP/M.4424 vom 21.2.2007, Rz 18, JT/Gallaher). Der EuG ging im Entscheid AAMS/Kommission von separaten Märkten für die Herstellung, den Grosshandel und den Einzelhandel aus (EuGH, ECLI:EU:T:2001:272, Rz 38, AAMS/Kommission). 78 BGE 139 I 72, 92 E. 9.2.1 m.Hw. (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.1), Publigroupe SA et al./WEKO.

17

Nachfrage in der Schweiz relevant, da diese von einer allfälligen Wettbewerbsbeschränkung betroffen ist. B.5.2.2.2. Intrabrand-Wettbewerb 60. Pöschl beliefert in der Schweiz laut eigenen Angaben einige Grossisten sowie eine grosse Anzahl von unabhängigen Wiederverkäuferinnen auf der Detailhandelsstufe; dazu gehören grosse

Ketten, unabhängige Einzelläden/Kioske und eine Reihe von spezialisierten Webshops. Endkundinnen und Endkunden könnten in der Schweiz bei über 7'000 Verkaufsstellen Schnupftabak und/oder Feinschnitt beziehen.⁷⁹ 61. Aufgrund des Abschlusses der einvernehmlichen Regelung wurden keine abschliessenden Ermittlungshandlungen vorgenommen. Die vorhandenen Beweismittel sprechen aber dafür, dass die grosse Anzahl Anbieterinnen von Schnupftabak und Feinschnitt in der Schweiz vorliegend zu einem gewissen Intrabrand-Wettbewerb führt. Hinzu kommt, dass Pöschl Deutschland nicht mit sämtlichen ihrer in Europa ansässigen Vertriebspartnerinnen Exportverbotsklauseln vereinbart hat (vgl. oben, Tabelle 1). Konkret enthielten [...] von [...] europäischen Vertriebsverträgen ([...]) keine Exportverbotsklausel. Gestützt auf den Wortlaut der Verträge ist davon auszugehen, dass die Vertriebspartnerinnen in [...] unaufgeforderte Bestellanfragen aus der Schweiz bedienen durften. Der Intrabrand-Wettbewerb aus diesen Ländern dürfte damit weiterbestanden haben. B.5.2.2.3. Interbrand-Wettbewerb 62. Gemäss Pöschl Deutschland stünden ihr auf dem Markt für Schnupftabak mit Oettinger (mit den Marken McChrystal's, Singleton's und Kensington) und Wellauer (mit den Marken Fichtennadel und Gebr. Bernard) sehr gut etablierte Konkurrentinnen gegenüber. Zudem seien in der Schweiz weitere Konkurrentinnen wie Wilsons of Sharrow, die American Snuff Company, Samuel Gawith, Toque Snuff, Sir Walter Scott's, die Tabakmanufaktur Rosinski und die A+S Tabakfabrik GmbH präsent. Den Nachfragerinnen und Nachfragern von Schnupftabak stünde damit ein breites und qualitativ hochwertiges Angebot verschiedener Herstellerinnen und Marken zur Verfügung. Auf dem Markt für Feinschnitt gebe es neben den drei wichtigsten Konkurrentinnen Japan Tobacco International (JTI), Oettinger und British American Tobacco (BAT) eine Vielzahl weiterer Herstellerinnen und Marken wie z.B. Philip Morris International (PMI), Fred und Wellauer. Zudem bleibe zu beachten, dass Feinschnitt einseitig mit industriell hergestellten Zigaretten substituierbar sei, weshalb die Konkurrenz durch Zigarettenhersteller wie BAT, PMI und JTI ebenfalls zu berücksichtigen sei.⁸⁰ 63. Basierend auf den von Pöschl gelieferten Angaben zu den geschätzten Marktanteilen sowie den Gesamtmarktvolumen für das Jahr 2018 ergeben sich für Schnupftabak und Feinschnitt die folgenden geschätzten Marktanteile:⁸¹

79 Act. [...]. 80 Act. [...]. 81 Act. [...].

18

Tabelle 2: Übersicht geschätzte Marktanteile/Gesamtmarktvolumen [...] Quelle: Act. [...]. 64. Tabelle 2 zeigt auf, dass Pöschl im Jahr 2018 auf dem Markt für Schnupftabak in der Schweiz über eine starke Marktstellung (ca. [70–80] %) verfügte. Die stärkste Konkurrentin verfügte über ca. [20–30] % Marktanteile ([...]) und die zweitstärkste Konkurrentin über weniger als [0–10] % ([...]). Auf dem Markt für Feinschnitt betrug der Marktanteil in der Schweiz von Pöschl im Jahr 2018 ca. [10–20] %. Die Marktanteile der marktstärksten Konkurrentin lagen damals laut Pöschl bei über [40–50] % ([...]) und die Marktanteile der zweit- und drittstärksten Konkurrentinnen bei je ca. [10–20] % ([...] und [...]). 65. Ohne infolge des Abschlusses der einvernehmlichen Regelung abschliessende Ermittlungshandlungen vorgenommen zu haben, ist gestützt auf die Angaben von Pöschl davon auszugehen, dass auf den Märkten für Schnupftabak und Feinschnitt ein gewisses Mass an Interbrand-Wettbewerb bestand bzw. besteht. B.5.2.3. Zwischenergebnis 66. Die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs auf den Märkten für Schnupftabak und Feinschnitt gemäss Art. 5 Abs. 4 KG kann durch die Kombination von Intra- und Interbrand-Wettbewerb widerlegt werden (vgl. Ziff. 11 VertBek). B.5.3. Erhebliche

Beeinträchtigung des Wettbewerbs 67. Das Bundesgericht hat im Entscheid Gaba festgehalten, dass das Kriterium der Erheblichkeit eine Bagatellklausel ist.⁸² Die in Art. 5 Abs. 4 KG aufgeführten besonders schädlichen Abreden, d.h. vertikale Mindest- und Festpreisabreden sowie absolute Gebietsschutzabreden, erfüllen grundsätzlich das Kriterium der Erheblichkeit nach Art. 5 Abs. 1 KG.⁸³ Vorliegend sind keine Elemente ersichtlich, welche auf eine Ausnahme von der grundsätzlichen Erheblichkeit der vertikalen Gebietsschutzabreden hinweisen würden. Somit stellen die vertikalen Gebietsschutzabreden zwischen Pöschl Deutschland und den europäischen Vertriebspartnerinnen erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG dar.

B.5.4. Rechtfertigung aus Effizienzgründen 68. Wettbewerbsabreden sind gemäss Art. 5 Abs. 2 KG durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie: a. notwendig sind, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen; und b. den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen. 69. Vorliegend sind keine Rechtfertigungsgründe im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG ersichtlich. Solche wurden von Pöschl Deutschland trotz entsprechender Aufforderung auch nicht geltend gemacht.⁸⁴

82 BGE 143 II 297, E.5.1.6 (= RPW 2017/2, 350 E. 5.1.6), Gaba. 83 BGE 143 II 297, E. 5.2.5 und E. 5.6 (= RPW 2017/2, 351 f. E. 5.2.5 und 354 E. 5.6), Gaba. 84 Act. [...].

19

B.5.5. Ergebnis 70. Gestützt auf die vorstehenden Erwägungen kommt die WEKO zum Ergebnis, dass zwischen Pöschl Deutschland und den europäischen Vertriebspartnerinnen unzulässige vertikale Abreden über absoluten Gebietsschutz im Sinne von Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG bestanden. B.6. Massnahmen 71. Nach Art. 30 Abs. 1 KG entscheidet die WEKO über die zu treffenden Massnahmen oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung. Massnahmen in diesem Sinn sind sowohl Anordnungen zur Beseitigung von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen als auch monetäre Sanktionen. B.6.1. Einvernehmliche Regelung 72. Im vorliegenden Fall hat das Sekretariat am 1. April 2021 mit Pöschl Deutschland eine einvernehmliche Regelung abgeschlossen (vgl. oben, Rz 22). Diese lautet wie folgt: A. Vorbemerkungen a) Die nachfolgende einvernehmliche Regelung im Sinne von Art. 29 KG erfolgt im übereinstimmenden Interesse der Beteiligten, das Verfahren 22-0505 zu vereinfachen, zu verkürzen und – unter Vorbehalt der Genehmigung durch die Wettbewerbskommission (WEKO) – zu einem förmlichen Abschluss zu bringen. b) Zur Erreichung der Zielsetzung gemäss lit. a) werden die Sachverhaltsermittlungen und die rechtliche Würdigung soweit wie möglich reduziert. Entsprechend kann die Begründungsdichte und -tiefe der Verfügung der WEKO gegenüber einer Verfügung ohne einvernehmliche Regelung teilweise reduziert werden. c) Mit der Unterzeichnung der vorliegenden einvernehmlichen Regelung werden (unter Vorbehalt der Genehmigung durch die WEKO) die Massnahmen hinsichtlich aller Gegenstand der Untersuchung 22-0505 bildenden Wettbewerbsbeschränkungen, gegenüber Pöschl einvernehmlich und abschliessend geregelt. d) Der Wille und die Bereitschaft von Pöschl zum Abschluss der nachfolgenden einvernehmlichen Regelung werden vom Sekretariat als kooperatives Verhalten gewürdigt und im Rahmen des Antrages als sanktionsmindernder Umstand berücksichtigt. Aufgrund der aktuellen Ausgangslage beabsichtigt das Sekretariat, der WEKO eine Sanktion in der Grössenordnung von CHF

[...] und [...] zu beantragen. Die definitive Festlegung der Höhe der Sanktion liegt jedoch im Ermessen der WEKO und erfolgt in der Verfügung, die das Verfahren zum Abschluss bringt. e) Sollte diese einvernehmliche Regelung von der WEKO nicht genehmigt werden, wird die Untersuchung im ordentlichen Verfahren zu Ende geführt. f) Selbst wenn der Abschluss der vorliegenden einvernehmlichen Regelung seitens von Pöschl keine Anerkennung der rechtlichen Würdigung der Wettbewerbsbehörden darstellt, hält Pöschl fest, dass sich im Falle einer Genehmigung dieser EVR durch die WEKO und bei Nichtüberschreiten des beantragten Sanktionsrahmens gemäss lit. d) die Ergreifung von Rechtsmitteln erübrigt. g) Bei diesem Ausgang des Verfahrens gehen die Verfahrenskosten zu Lasten von Pöschl.

20

B. Vereinbarungen 1. Pöschl verpflichtet sich, ihre nicht in der Schweiz ansässigen Vertriebspartner weder direkt noch indirekt darin zu beschränken, unaufgeforderte Bestellungen betreffend Tabakprodukte von Schweizer Kundinnen und Kunden (Händler sowie Endkundinnen und Endkunden) zu bedienen. 2. Pöschl verpflichtet sich, die bestehenden Vertriebsverträge mit ihren Vertriebspartnern dahingehend anzupassen, dass die Vertriebsverträge mit Abschnitt B Ziffer 1 dieser Vereinbarung übereinstimmen. 73. Diese einvernehmliche Regelung umschreibt die Verpflichtungen, welche Pöschl Deutschland eingegangenen ist, um sich künftig kartellrechtskonform zu verhalten, hinreichend bestimmt, vollständig und klar. Die bisherige unzulässige Wettbewerbsbeschränkung wird gestützt auf die getroffene Vereinbarung beseitigt, und für die beteiligten Unternehmen wird hinreichende Klarheit über die bestehende Rechtslage geschaffen. 74. Verstösse bzw. Widerhandlungen gegen die vorliegende einvernehmliche Regelung können nach Massgabe von Art. 50 bzw. 54 KG mit einer Verwaltungs- bzw. Strafsanktion belegt werden. Diese Sanktionierbarkeit ergibt sich ohne Weiteres aus dem Gesetz selber, weshalb auf eine entsprechende – lediglich deklaratorische und nicht konstitutive – Sanktionsandrohung im Dispositiv verzichtet werden kann.⁸⁵ B.6.2. Sanktionierung B.6.2.1. Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG 75. Die Belastung der Verfahrenspartei mit einer Sanktion setzt voraus, dass sie den Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG erfüllt. 76. Die unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen, auf welche Art. 49a Abs. 1 KG Bezug nimmt, müssen von einem «Unternehmen» begangen werden. Für den Unternehmensbegriff wird auf Art. 2 Abs. 1 und 1bis KG abgestellt.⁸⁶ Zur Qualifizierung von Pöschl Deutschland als Unternehmen sei hier auf die Ausführungen in Rz 25 verwiesen. 77. Nach Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, welches an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 bzw. 4 KG beteiligt ist oder sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, mit einer Sanktion belastet. Eine Sanktionierung der hier interessierenden ersten in Art. 49a Abs. 1 KG erwähnten Tatbestandsvariante ist an folgende zwei Voraussetzungen geknüpft: Erstens an die Beteiligung an einer Abrede über Preise, Mengen oder die Aufteilung von Märkten im Sinne von Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG sowie zweitens an die Unzulässigkeit dieser Abrede.⁸⁷ 78. Die Voraussetzungen der Beteiligung von Pöschl Deutschland an vertikalen absoluten Gebietsschutzabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG und der Unzulässigkeit dieser Abreden sind in casu erfüllt (vgl. oben, Rz 41 ff.).

⁸⁵ Vgl. Urteil des BVGer vom 3.10.2007, RPW 2007/4, 653 E. 4.2.2, Flughafen Zürich AG, Unique;Entscheidung der REKO/WEF vom 9.6.2005, RPW 2005/3, 530 E. 6.2.6, Telekurs Multipay. ⁸⁶ Ständige Praxis, siehe statt aller RPW 2018/3, 508 Rz 581, Supermédià; Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1472, SIX/Terminals mit

Dynamic Currency Conversion (DCC) (nicht rechtskräftig). 87 Vgl. ROGER ZÄCH, Die sanktionsbedrohten Verhaltensweisen nach Art. 49a Abs. 1 KG, in: Kartellgesetzrevision 2003 – Neuerungen und Folgen, Stoffel/Zäch (Hrsg.), Zürich/Basel/Genf 2004, 34.

21

B.6.2.2. Vorwerfbarkeit 79. Das Verschulden im Sinne von Vorwerfbarkeit stellt gemäss Rechtsprechung das subjektive Tatbestandsmerkmal von Art. 49a Abs. 1 KG dar.⁸⁸ Massgebend für das Vorliegen von Verschulden im Sinne von Vorwerfbarkeit ist gemäss dieser Rechtsprechung ein objektiver Sorgfaltsmangel bzw. ein Organisationsverschulden, an dessen Vorliegen jedoch keine allzu hohen Anforderungen zu stellen sind.⁸⁰ Ist ein Kartellrechtsverstoss nachgewiesen, so ist im Regelfall auch ein objektiver Sorgfaltsmangel bzw. ein Organisationsverschulden gegeben. Nur in seltenen Fällen wird keine Vorwerfbarkeit vorliegen; so möglicherweise wenn der durch einen Mitarbeitenden ohne Organstellung begangene Kartellrechtsverstoss innerhalb des Unternehmens nicht bekannt war und auch mit einer zweckmässigen Ausgestaltung der Organisation nicht hätte bekannt werden können und das Unternehmen alle zumutbaren Massnahmen getroffen hat, den Kartellrechtsverstoss zu verhindern.⁸⁹ Ein objektiver Sorgfaltsmangel bzw. ein Organisationsverschulden liegt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung insbesondere dann vor, wenn ein Unternehmen ein Verhalten an den Tag legt oder weiterführt, obwohl es sich bewusst ist oder sein müsste, dass das Verhalten möglicherweise kartellrechtswidrig sein könnte.⁹⁰ 81. Das Kartellgesetz resp. dessen grundlegende Normen dürfen für Unternehmen (als dessen Adressaten) als bekannt vorausgesetzt werden.⁹¹ Der Geschäftsleitung von Pöschl Deutschland sollte insbesondere bekannt gewesen sein, dass eine vertikale Gebietsschutzabrede mit den europäischen Vertriebspartnerinnen kartellrechtswidrig sein könnte. Pöschl Deutschland hat diese Klauseln in den Verträgen mit Wissen und Willen vorgesehen. Die Unternehmen müssen alles Zumutbare vorkehren, um sicherzustellen, dass die Vorgaben des Kartellgesetzes eingehalten werden. Dass Pöschl Deutschland vorliegend angemessene und wirksame organisatorische Massnahmen zur Verhinderung der getroffenen Wettbewerbsabreden ergriffen hat, ist nicht ersichtlich. Somit ist zumindest ein objektiver Sorgfaltsmangel bzw. ein Organisationsverschulden gegeben.

B.6.2.3. Sanktionierbarkeit in zeitlicher Hinsicht 82. Der vorliegende Wettbewerbsverstoss dauerte von Mai 1981 bis zum 31. Juli 2019 (vgl. oben, Rz 50). Sanktionierbar ist der Verstoss ab Inkrafttreten von Art. 49a KG, d.h. ab dem 1. April 2004.

B.6.2.4. Bemessung 83. Rechtsfolge eines Verstosses im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG ist die Belastung des fehlbaren Unternehmens mit einem Betrag bis zu 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes. Dieser Betrag stellt demnach die höchstmögliche Sanktion dar. Die konkrete Sanktion bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen

⁸⁸ Ständige Praxis, siehe statt aller RPW 2018/2, 356 Rz 90, Gerätebenzin; Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29.6.2012, E. 12.2.2 (= RPW 2013/1, 135; nicht publizierte Erwägung in BGE 139 I 72), Publigroupe SA et al./WEKO. ⁸⁹ Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1492, SIX/DCC (nicht rechtskräftig); RPW 2011/1, 190 Rz 558 m.w.H., SIX/DCC. ⁹⁰ Vgl. Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29.6.2012, E. 12.2.2 (= RPW 2013/1, 135; nicht publizierte Erwägung in BGE 139 I 72), Publigroupe SA et al./WEKO; Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 363 E. 8.2.2.1, Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO. ⁹¹ Siehe statt anderer etwa RPW 2011/1, 190 Rz 558 m.w.H., SIX/DCC; vgl. auch Art. 8 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 18.6.2004 über die Sammlungen des Bundesrechts und das

Verhaltens, wobei der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, angemessen zu berücksichtigen ist. 84. Die konkreten Bemessungskriterien und damit die Einzelheiten der Sanktionsbemessung werden in der SVKG⁹² näher präzisiert (vgl. Art. 1 lit. a SVKG). Die Festsetzung des Sanktionsbetrags liegt dabei grundsätzlich im pflichtgemäss auszuübenden Ermessen der WEKO, welches durch die Grundsätze der Verhältnismässigkeit (Art. 2 Abs. 2 SVKG) und der Gleichbehandlung begrenzt wird.⁹³ Die WEKO bestimmt die effektive Höhe der Sanktion nach den konkreten Umständen im Einzelfall.⁹⁴ B.6.2.4.1. Konkrete Sanktionsberechnung 85. Nach Art. 49a Abs. 1 KG bemisst sich der konkrete Sanktionsbetrag anhand der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Angemessen zu berücksichtigen ist zudem auch der durch das unzulässige Verhalten erzielte mutmassliche Gewinn. Die SVKG geht für die konkrete Sanktionsbemessung zunächst von einem Basisbetrag aus, der in einem zweiten Schritt an die Dauer des Verstosses anzupassen ist, bevor in einem dritten Schritt erschwerenden und mildernden Umständen Rechnung getragen werden kann. (i) Basisbetrag I. Obergrenze des Basisbetrags (Umsatz auf dem relevanten Markt) 86. Die obere Grenze des Basisbetrags beträgt gemäss Art. 3 SVKG 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren vor Beendigung der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat. 87. Der Basisbetrag beträgt gemäss SVKG je nach Art und Schwere des Verstosses bis zu 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren vor Aufgabe des wettbewerbswidrigen Verhaltens auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat (Art. 3 SVKG). Pöschl erzielte auf den vorliegend relevanten Märkten in der Schweiz für Schnupftabak und Feinschnitt in den Geschäftsjahren 2016, 2017 resp. 2018 Umsätze in der Höhe von CHF [...] resp. CHF [...] resp. CHF [...].

92 Verordnung über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (SVKG; SR 251.5). 93 Vgl. PETER REINERT, in: Stämpflis Handkommentar zum Kartellgesetz, Baker & McKenzie (Hrsg.), 2001, Art. 49a KG N 14; Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1556, SIX/DCC (nicht rechtskräftig); RPW 2006/4, 661 Rz 236, Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking. 94 RPW 2009/3, 212 f. Rz 111, Elektroinstallationsbetriebe Bern.

II. Berücksichtigung der Art und Schwere des Verstosses 88. Gemäss Art. 3 SVKG ist die aufgrund des Umsatzes errechnete Höhe des Basisbetrags je nach Schwere und Art des Verstosses festzusetzen (vgl. dazu Erläuterungen SVKG, S. 2 f.⁹⁵). Pöschl hat sich unzulässig im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG verhalten. Im Folgenden gilt es demnach zu prüfen, als wie schwer dieser Verstoss gegen das Kartellgesetz zu qualifizieren ist; hierbei stehen objektive⁹⁶ Faktoren im Vordergrund. Grundsätzlich ist die Schwere der Zuwiderhandlung im Einzelfall unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände zu beurteilen. Allgemeine Aussagen zur Qualifizierung konkreter Abreden als schwer sind nur sehr beschränkt möglich, kommt es doch immer sehr stark auf die konkreten Umstände des Einzelfalls an. 89. Zweifellos stellen Abreden gemäss Art. 5 Abs. 4 KG, welche den Wettbewerb beseitigen, in aller Regel schwere Kartellrechtsverstösse dar. Tendenziell leichter zu gewichten sind den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abreden, welche

sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen. Darüber hinaus ist im Allgemeinen davon auszugehen, dass Wettbewerbsbeschränkungen, welche gleichzeitig mehrere Tatbestände von Art. 5 KG erfüllen, schwerer zu gewichten sind als solche, die nur einen Tatbestand erfüllen.⁹⁷ Die Möglichkeit, Direkt- und/oder Parallelimporte tätigen zu können, wird sowohl in der Praxis der WEKO⁹⁸ als auch in der Praxis der Europäischen Kommission⁹⁹ als besonders schutzwürdig angesehen. ⁹⁰ Unter Berücksichtigung des Umstandes, dass die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs durch ein gewisses Mass an Intra- und Interbrand-Wettbewerb (vgl. oben, Rz 60 f.) und Interbrand-Wettbewerb (vgl. oben, Rz 62 ff.) widerlegt werden kann und Pöschl nicht mit allen ihren europäischen Vertriebspartnerinnen Exportverbotsklauseln vereinbart, ist es im Lichte der Praxis der WEKO bei ähnlich gelagerten Fällen¹⁰⁰ als angemessen, den Basisbetrag der Sanktion auf 3 % des Umsatzes festzusetzen, den Pöschl in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat. Der Basisbetrag beträgt somit CHF [...]. ⁹¹ Pöschl Deutschland macht diesbezüglich geltend, dass der vorliegende Fall nicht mit den vom Sekretariat im Antrag als ähnlich gelagert genannten Fällen vergleichbar sei; es hätte keine effektive Wettbewerbsbeschränkung festgestellt werden können. Aus diesem Grund beantragt Pöschl Deutschland, den Basisbetrag von 3 % auf [...] % zu senken.¹⁰¹ ⁹² Diesem Vorbringen von Pöschl Deutschland wird nicht gefolgt, da die genannten Fälle von absoluten Gebietsschutzabreden in Bezug auf die Art und Schwere durchaus mit dem vorliegenden Fall vergleichbar sind. In diesen Fällen wurde der Basisbetrag von der WEKO auf zwischen 3 % und 5 % angesetzt.¹⁰² Aus den oben dargelegten Gründen erachtet es die

⁹⁵ Erläuterungen der WEKO vom 1.1.2006 zur KG-Sanktionsverordnung (SVKG), abrufbar unter: <www.weko.admin.ch>. ⁹⁶ D.h. nicht verschuldensabhängige Kriterien, vgl. ROLF DÄHLER/PATRICK L. KRAUSKOPF, Die Sanktionsbemessung und die Bonusregelung, in: Walter Stoffel/Roger Zäch (Hrsg.), Kartellgesetzrevision 2003, 139. ⁹⁷ Vgl. Erläuterungen SVKG, S. 3. ⁹⁸ Vgl. RPW 2019/4, 1164 ff. Rz 58 ff., Bucher Landtechnik/Ersatzteilhandel Traktoren; RPW 2018/2, 366 ff. Rz 37 ff., RIMOWA; RPW 2017/1, 100 ff. Rz 39 ff., Eflare; RPW 2016/2, 463 ff. Rz 184 ff., Nikon AG; RPW 2012/3, 553 ff. Rz 119 ff., BMW; RPW 2010/1, 72 ff. Rz 98 ff., Gaba. ⁹⁹ STEFFEN NOLTE, in: Kartellrecht Kommentar, Langen/Bunte (Hrsg.), Bd. 2, Europäisches Kartellrecht, 13. Aufl. 2018, Art. 101 N 469 ff. ¹⁰⁰ Vgl. RPW 2019/4, 1170 Rz 104, Bucher Landtechnik/Ersatzteilhandel Traktoren; RPW 2018/2, 371 Rz 73, RIMOWA; RPW 2017/1, 103 Rz 75, Eflare; RPW 2016/2, 521 Rz 566, Nikon AG; RPW 2012/3, 589 Rz 375, BMW; RPW 2010/1, 112 Rz 362, Gaba. ¹⁰¹ Act. [...]. ¹⁰² Vgl. Fn 100.

24

WEKO als angemessen, im vorliegenden Fall den Basisbetrag auf 3 % anzusetzen und weist den Antrag von Pöschl, den Basisbetrag von 3 % auf [...] % zu senken, ab. (ii) Dauer des Verstosses ⁹³. Gemäss Art. 4 SVKG erfolgt eine Erhöhung des Basisbetrages um bis zu 50 %, wenn der Wettbewerbsverstoss zwischen einem und fünf Jahren gedauert hat, für jedes weitere Jahr ist ein Zuschlag von bis zu 10 % möglich (vgl. dazu Erläuterungen SVKG, S. 3). Legt das kooperierende Unternehmen der WEKO Beweismittel über die Dauer des Wettbewerbsverstosses vor, von welchen diese keine Kenntnis hatte, so berechnet sie die Sanktion ohne Berücksichtigung dieses Zeitraums (Art. 14 Abs. 2 SVKG). ⁹⁴ Vorliegend reichte Pöschl Deutschland sämtliche ihrer ausländischen Vertriebsverträge bereits im Rahmen der Marktbeobachtung ein, d.h. vor Eröffnung der

Untersuchung (vgl. oben, Rz 12). Diese Verträge belegen, dass der Wettbewerbsverstoss ab dem 1. April 2004 mindestens 15 Jahre gedauert hat. Folglich legte Pöschl Deutschland die Beweismittel über die Dauer des Wettbewerbsverstosses vor, von denen die Wettbewerbsbehörden bis zu den Eingaben von Pöschl Deutschland keine Kenntnis hatten. In Anwendung von Art. 14 Abs. 2 SVKG ist die Sanktion daher ohne Berücksichtigung eines Dauerzuschlages zu berechnen (vgl. unten, Tabelle 3). (iii) Erschwerende und mildernde Umstände 95. In einem letzten Schritt sind schliesslich die erschwerenden und die mildernden Umstände nach Art. 5 und 6 SVKG zu berücksichtigen. Diejenigen Aspekte, welche im Rahmen der Selbstanzeige berücksichtigt werden, können nicht zusätzlich als erschwerende respektive mildernde Umstände Berücksichtigung finden. Die Annahme einer anstiftenden oder führenden Rolle in einem Wettbewerbsverstoss (Art. 5 Abs. 2 lit. a SVKG) wird im Rahmen der Beurteilung der Selbstanzeige gewürdigt (vgl. unten, Rz 100 ff.). Weitere erschwerende Umstände sind vorliegend nicht ersichtlich. Abschluss einer einvernehmlichen Regelung 96. Der Wille und die Bereitschaft zum Abschluss einer einvernehmlichen Regelung werden von den Wettbewerbsbehörden bei der Sanktionsbemessung als kooperatives Verhalten gewürdigt. Der Kooperation ist im Rahmen von Art. 2, 3 und 6 SVKG Rechnung zu tragen. 97. [...]103 Dank des Abschlusses der einvernehmlichen Regelung konnte im Sinne der Verfahrensökonomie auf zusätzliche Ermittlungsmassnahmen verzichtet und die Begründungstiefe und -dichte der Verfügung reduziert werden. Vor diesem Hintergrund rechtfertigt es sich im vorliegenden Fall, für den Abschluss der einvernehmlichen Regelung eine Sanktionsreduktion von 20 % in der Höhe von CHF [...] zu gewähren (vgl. unten, Tabelle 3: Sanktionsbemessung). Weitere mildernde Umstände sind nicht ersichtlich. (iv) Maximalsanktion 98. Die Sanktion beträgt in keinem Fall mehr als 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Gesamtumsatzes des Unternehmens (Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG).

103 Act. [...].

25

99. Vorliegend erübrigt sich die Ermittlung der Gesamtumsätze von Pöschl, da die Maximalsanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG offensichtlich nicht überschritten wird (vgl. unten, Rz 112 f.). B.6.2.4.2. Selbstanzeige – teilweiser Erlass der Sanktion 100. Nach Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, welches an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 bzw. 4 KG beteiligt ist oder sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, mit einer Sanktion belastet. Wenn ein Unternehmen an der Aufdeckung und Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung mitwirkt, kann auf eine Belastung dieses Unternehmens ganz oder teilweise verzichtet werden (Art. 49a Abs. 2 KG). Die Modalitäten eines vollständigen Sanktionserlasses sind in Art. 8 ff. SVKG aufgeführt, jene eines teilweisen in Art. 12 ff. SVKG. 101. Pöschl Deutschland reichte die vorliegend bedeutendsten Beweismittel, d.h. die [...] ausländischen Vertriebsverträge, [...] vor Untersuchungseröffnung freiwillig ein (vgl. oben, Rz 6 ff.). Damit und mit der Eingabe der Selbstanzeige erfüllt Pöschl Deutschland die Anforderungen von Art. 8 Abs. 1 SVKG. Die Voraussetzungen für einen vollständigen Sanktionserlass nach Art. 8 SVKG sind in casu in Übereinstimmung mit der bisherigen Praxis der WEKO in ähnlich gelagerten Fällen¹⁰⁴ allerdings nicht gegeben, da Pöschl eine führende Rolle zukommt (Art. 8 Abs. 2 lit. a SVKG). 102. Pöschl Deutschland bringt vor, keine führende Rolle inne gehabt zu haben und führt hierzu unter anderem aus, dass sie als Anbieterin von Nischenprodukten über

keine oder nur eine geringe Verhandlungsmacht verfügt habe. Demgegenüber würden einige Vertriebspartnerinnen über eine sehr starke Position verfügen. Namentlich genannt werden die Vertriebspartnerinnen für [...].¹⁰⁵ 103. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass mit zwei der drei genannten, angeblich verhandlungsmächtigen, Vertriebspartnerinnen keine Exportverbotsklauseln vereinbart wurden ([...] und [...], vgl. oben Tabelle 1). Ferner kann von der angeblich geringen Verhandlungsmacht gegenüber den Vertriebspartnerinnen für [...] nicht darauf geschlossen werden, dass Pöschl Deutschland auch gegenüber den anderen Vertriebspartnerinnen über keine Verhandlungsmacht verfügt haben soll. Hinzu kommt, dass Pöschl trotz expliziter Aufforderung des Sekretariats keine stichhaltigen Belege für ihre Vorbringen, wonach sie die Bedingungen gewisser Vertriebspartnerinnen habe akzeptieren müssen, eingereicht hat.¹⁰⁶ Des Weiteren dürfte Pöschl insbesondere zwecks Schutzes ihrer Schweizer Tochtergesellschaft Pöschl Schweiz vor allfälligen Parallel- und Direktimporten ein Interesse an den allfälligen Gebietsschutzabreden gehabt haben. 104. Schliesslich entspricht es der Praxis der WEKO, einem Unternehmen eine führende Rolle zuzuschreiben, das die Wettbewerbsabrede steuert, d.h. wenn es die eigentliche Initiative sowohl bei der Vorbereitung als auch der Durchführung der Wettbewerbsbeschränkung ergreift.¹⁰⁷ Indizien hierfür können beispielsweise die Organisation von Zusammenkünften und Austausch im Zusammenhang mit der Wettbewerbsbeschränkung sein, die Initiierung von

104 Vgl. RPW 2019/4, 1171 Rz 115 f., Bucher Landtechnik / Ersatzteilhandel Traktoren; RPW 2009/2, 157 Rz 101, Sécateurs et cisailles; RPW 2016/3, 752 Rz 225, Saiteninstrumente; RPW 2017/2, 294 Rz 109, Husqvarna; RPW 2019/4, 1152, Rz 97, Stöckli Ski. 105 Act. [...]. 106 Vgl. act. [...]. 107 Vgl. Fn 104.

26

Korrespondenz, eine Vorreiterrolle bei der Umsetzung oder die Interessenlage des Unternehmens.¹⁰⁸ Pöschl Deutschland hat als Urheberin der europäischen Vertriebsverträge die Initiative bei der hier in Rede stehenden Wettbewerbsbeschränkung ergriffen, indem sie die Exportverbotsklauseln formuliert hat¹⁰⁹ und die europäischen Vertriebsverträge von ihren europäischen Vertriebspartnerinnen unterschreiben liess (vgl. oben, Rz 7 f.). 105. Pöschl Deutschland bestreitet, eine führende Rolle innezuhaben und beantragt einen vollständigen Sanktionserlass mangels führender Rolle mit folgenden Argumenten: Im Vertriebskontext handle es sich grundsätzlich um kaufmännischen Verkehr und vorliegend um Vertragsverhältnisse mit sehr geschäftserfahrenen Vertriebspartnern. Das Zustandekommen und die Formulierung der Vertriebsverträge würden daher vom Willen des Vertriebsgebers und -nehmers gleichermassen abhängen. Sie könnten und dürften nicht einseitig allein Pöschl Deutschland als Vertriebsgeberin zugerechnet werden. Die Herstellereigenschaft von Pöschl Deutschland sei für sich betrachtet kein Anzeichen für eine führende Rolle. Eine derartige pauschale Zurechnung zulasten von Pöschl Deutschland würde gegen die Unschuldsvermutung und das Legalitätsprinzip verstossen, da es hierfür keine konkreten Anzeichen gebe und das Gesetz keine solche Vermutung zulasten der Vertriebsgeberinnen enthalte.¹¹⁰ 106. Pöschl Deutschland führt weiter ins Feld, dass sich der vorliegende Fall nicht mit den im Antrag des Sekretariats erwähnten ähnlich gelagerten Fällen¹¹¹ vergleichen liesse, weil es im vorliegenden Fall um stark regulierte Tabakprodukte gehe. Aufgrund des im Tabakbereich stark eingeschränkten (Preis-)Wettbewerbs habe Pöschl Deutschland im Vornherein kein Interesse an der Vorgabe von Gebietsschutzabreden zum Schutz ihrer Schweizer

Tochtergesellschaft. 112 107. Schliesslich macht Pöschl Deutschland geltend, dass die wettbewerbsrechtlich problematischen Klauseln zwar in einigen Verträgen enthalten waren, jedoch längst nicht in allen. Auch dieser Umstand zeige, dass es Pöschl Deutschland nicht darum gegangen sei, den Schweizer Markt abzuschotten. Damit dies hätte gelingen können, hätten, wenn schon, in sämtlichen oder zumindest in den aus der Sicht der Schweiz wichtigsten Vertriebsverträgen entsprechende Klauseln enthalten sein müssen. Dies sei aber in wichtigen und aus Schweizer Sicht geografisch und kulturell naheliegenden europäischen Märkten nicht der Fall gewesen. 113 108. Die Vorbringen von Pöschl stossen aus folgenden Gründen ins Leere: Zunächst ist festzuhalten, dass Pöschl nicht bestreitet, die Exportverbotsklausel redigiert und die Verträge den europäischen Vertriebspartnerinnen zum Abschluss vorgelegt zu haben. Dieser Umstand illustriert, dass Pöschl Deutschland die Initiierung von Korrespondenz vornahm. Zudem hat ein eingeschränkter (Preis-)Wettbewerb infolge der Tabakregulierung keinen Einfluss auf die Qualifikation der führenden Rolle. Für die WEKO ist schliesslich nicht nachvollziehbar, inwiefern der Umstand, dass Pöschl Deutschland nicht mit sämtlichen europäischen Vertriebspartnerinnen schriftliche Exportverbotsklauseln vereinbarte, gegen eine führende Rolle sprechen soll. Der Antrag von Pöschl Deutschland auf vollständigen Sanktionserlass mangels führender Rolle wird aus diesen und den bereits oben dargelegten Gründen abgewiesen (vgl. oben, Rz 102 ff.).

108 RPW 2019/4, 1171 Rz 115, Bucher Landtechnik / Ersatzteilhandel Traktoren. 109 Act. [...]. 110 Act. [...]. 111 Vgl. Fn 104. 112 Act. [...]. 113 Act. [...].

27

109. In Anwendung von Art. 8 Abs. 2 lit. a SVKG kann Pöschl Deutschland die Sanktion infolgedessen nicht vollständig erlassen werden. Sind nicht alle Voraussetzungen für einen vollständigen Erlass der Sanktion erfüllt, ist dennoch eine Reduktion von bis zu 50 % der Sanktion möglich. Eine solche setzt gemäss Art. 12 SVKG voraus, dass ein Unternehmen an einem Verfahren unaufgefordert mitgewirkt und im Zeitpunkt der Vorlage der Beweismittel die Teilnahme am betreffenden Wettbewerbsverstoss eingestellt hat.

110. Die Voraussetzungen für eine Reduktion der Sanktion sind vorliegend erfüllt. Pöschl Deutschland arbeitete ununterbrochen, uneingeschränkt und ohne Verzug mit der Wettbewerbsbehörde zusammen. Zudem stellte Pöschl Deutschland den Wettbewerbsverstoss mit der Einreichung ihrer Selbstanzeige ein (vgl. oben, Rz 15). Unter Würdigung sämtlicher Umstände erachtet die WEKO eine Reduktion der Sanktion um 50 % in Höhe von CHF [rund 270'000] als angemessen (vgl. unten, Tabelle 3). B.6.2.4.3.

Verhältnismässigkeitsprüfung 111. Schliesslich muss eine Sanktion als Ausfluss des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes für die betroffenen Unternehmen auch finanziell tragbar sein. 114 Vorliegend ist der Sanktionsbetrag gestützt aufgrund des aktuellen Kenntnisstandes als tragbar bzw. zumutbar einzustufen. B.6.2.5. Ergebnis 112. Die nachfolgende Tabelle fasst die Sanktionsberechnung für Pöschl Deutschland zusammen: Tabelle 3: Sanktionsbemessung Sanktionsbemessung CHF Umsatz auf dem relevanten Markt letzte drei Jahre

[...] Obergrenze Basisbetrag (Art. 3 SVKG) 10 % [...] Basisbetrag konkreter Fall (Art. 3 SVKG) 3 % [...] Zuschlag für Dauer (Art. 4 SVKG) + 0 % 0 Total Basisbetrag

[...] Erschwerende Umstände (Art. 5 SVKG) + 0 % 0 Mildernde Umstände (Art. 6 SVKG) - 20 % - [...] Zwischenergebnis Sanktionsbemessung

[...] Reduktion der Sanktion: Bonus (Art. 12 SVKG) - 50 % - [...] Total

[rund 270'000] Quelle: Darstellung der WEKO, Umsätze berechnet aus Act. [...], Rz [...]. 113. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände erachtet die WEKO eine Verwaltungssanktion in Höhe von [rund CHF 270'000] dem Verstoss von Pöschl Deutschland gegen Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG, mit welchem der Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG erfüllt ist, als angemessen. Die Sanktion liegt in jedem Fall unter der Maximalstrafe, da die Obergrenze des Basisbetrags nicht überschritten ist.

114 Vgl. dazu etwa Verfügung der WEKO vom 26.3.2018 i.S. Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I, Rz 1085 ff. und Verfügung der WEKO vom 8.7.2016 i.S. Bauleistungen See-Gaster, Rz 1419, beide publiziert im Internet unter:

<<https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/praxis/publizierte-entscheidungen.html>> (28.6.2021); RPW 2009/3, 218 Rz 150 m.w.Hw., Elektroinstallationsbetriebe Bern.

28

C. Kosten 114. Nach Art. 2 Abs. 1 GebV-KG115 ist gebührenpflichtig, wer das Verwaltungsverfahren verursacht hat. 115. Im Untersuchungsverfahren nach Art. 27 ff. KG besteht eine Gebührenpflicht, wenn aufgrund der Sachverhaltsfeststellung eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt oder wenn sich die Parteien unterziehen. Vorliegend wurde ein Verstoss gegen das Kartellgesetz festgestellt, zudem hat die Verfügungsadressatin das beanstandete Verhalten aufgegeben und sich zu einer einvernehmlichen Regelung verpflichtet. Eine Gebührenpflicht ist daher zu bejahen. 116. Nach Art. 4 Abs. 2 GebV-KG gilt ein Stundenansatz von CHF 100 bis 400. Dieser richtet sich namentlich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals. Auslagen für Porti sowie Telefon- und Kopierkosten sind in den Gebühren eingeschlossen (Art. 4 Abs. 4 GebV-KG). 117. Die aufgewendete Zeit beträgt vorliegend insgesamt [rund 470 Stunden]. Aufgeschlüsselt werden demnach folgende Stundenansätze verrechnet: – [...] Stunden zu CHF 130, ergebend CHF [...] – [...] Stunden zu CHF 200, ergebend CHF [...] – [...] Stunden zu CHF 290, ergebend CHF [...] 118. Demnach beläuft sich die Gebühr auf [rund CHF 90'000]. 119. Hiergegen wendet Pöschl Deutschland ein, dass es während des ganzen Verfahrens zu mehreren Teamwechseln innerhalb des Sekretariats gekommen sei, was zu redundanten Aufwänden geführt habe. Diese dürften Pöschl Deutschland nicht auferlegt werden. Ferner seien diverse (aufwändige) Schriftenwechsel und Interaktionen zwischen dem Sekretariat, Pöschl Deutschland und der Anzeigerin alleine durch den Antrag auf Gewährung der Parteistellung von der Anzeigerin verursacht worden. Dieser Antrag sei abgewiesen worden bzw. infolge Aussichtslosigkeit zurückgezogen worden, weshalb vom Unterliegen von der Anzeigerin auszugehen sei. Entsprechend dürften die damit verbundenen Kosten Pöschl Deutschland nicht aufgebürdet werden. 120. Diesen Einwendungen von Pöschl Deutschland ist entgegen zu halten, dass die ausgewiesene Gebühr die von ihr geforderten Kostenabzüge bereits grösstenteils berücksichtigt. Zu Gunsten von Pöschl Deutschland werden weitere, mit den Teamwechseln verbundene Kosten (CHF [...]) sowie diejenigen, die durch die umfangreiche Prüfung des Antrags auf Parteistellung der Anzeigerin (CHF [...]) entstanden, von den gesamthaft angefallenen Verfahrenskosten ausgeschieden. 121. Für die Berechnung der Verfahrenskosten bedeuten vorstehende Ausführungen, dass von den eigentlich angefallenen [rund CHF 90'000] diejenigen Kosten, die im weitesten Sinne mit den Teamwechseln innerhalb des Sekretariats zusammenhängen (insgesamt CHF [...]) sowie diejenigen Kosten, die allenfalls über das übliche Mass für Prüfung der Frage der

Par- teistellung von der Anzeigerin zusammenhängen (insgesamt CHF [...]), in Abzug gebracht werden. Die Verfahrenskosten belaufen sich daher total auf [rund CHF 85'000].

115 Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

29

D. Ergebnis 122. Zusammenfassend kommt die WEKO gestützt auf die vorstehenden Erwägungen zu fol- gendem Ergebnis: • Zwischen Pöschl Deutschland und den europäischen Vertriebspartnerinnen bestanden seit Mai 1981 bis Ende Juli 2019 vertikale Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG (vgl. oben, Rz 50). • Diese Wettbewerbsabreden stellen vertikale absolute Gebietsschutzabreden nach Art. 5 Abs. 4 KG dar (vgl. oben, Rz 53). • Die gesetzlich statuierte Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs kann wi- derlegt werden (vgl. oben, Rz 66). • Die vertikalen absoluten Gebietsschutzabreden zwischen Pöschl Deutschland und den europäischen Vertriebspartnerinnen stellen erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG dar (vgl. oben, Rz 67). • Rechtfertigungsgründe im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG liegen nicht vor (vgl. oben, Rz 69). • Zwischen Pöschl Deutschland und den europäischen Vertriebspartnerinnen lagen so- mit vertikale Abreden über den absoluten Gebietsschutz im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG vor, die nach Art. 5 Abs. 1 KG unzulässig sind (vgl. oben, Rz 70). • Mit dem Abschluss der einvernehmlichen Regelung werden die Massnahmen hinsicht- lich aller Gegenstand der Untersuchung bildenden Wettbewerbsbeschränkungen ge- genüber Pöschl Deutschland einvernehmlich und abschliessend geregelt (vgl. oben, Rz 72). • Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände erachtet die WEKO eine Verwaltungssanktion in Höhe von [rund CHF 270'000] dem Verstoss von Pöschl Deutschland gegen Art. 49a Abs. 1 KG als angemessen (vgl. oben, Rz 112 f.). • Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat Pöschl Deutschland die Verfahrenskosten in Höhe von [rund CHF 85'000] zu tragen (vgl. oben, Rz 121).

30

E. Dispositiv Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die WEKO (Art. 30 Abs. 1 KG): 1. Die WEKO genehmigt die nachfolgende, von der Pöschl GmbH & Co. KG mit dem Sek- retariat der WEKO vereinbarte einvernehmliche Regelung vom 1. April 2021 mit nach- folgendem Wortlaut

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