

Bundesverwaltungsgericht  
Tribunal administratif fédéral  
Tribunale amministrativo federale  
Tribunal administrativ federal

Entscheid bestätigt durch BGer mit  
Urteil vom 28.06.2016 (2C\_180/2014)



Abteilung II  
B-506/2010

## Urteil vom 19. Dezember 2013

Besetzung

Richter Hans Urech (Vorsitz),  
Richter Marc Steiner, Richterin Maria Amgwerd,  
Richter Pascal Richard, Richter Stephan Breitenmoser,  
Gerichtsschreiberin Laura Melusine Baudenbacher.

Parteien

**Gaba International AG**,  
Grabetsmattweg, 4106 Therwil,  
vertreten durch die Rechtsanwälte  
Dr. iur. Marcel Meinhardt und Dr. iur. Felix Prümmer, LL.M.,  
Lenz & Staehelin, Bleicherweg 58, 8027 Zürich,  
Beschwerdeführerin,

gegen

**Wettbewerbskommission WEKO**,  
Monbijoustrasse 43, 3003 Bern,  
Vorinstanz.

Gegenstand

Verfügung der WEKO vom 30. November 2009 im  
Untersuchungsverfahren 22-0349 betreffend Gaba  
und Gebro wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede  
gemäss Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG.

## Inhaltsverzeichnis

Sachverhalt:.....	5
I.    Einleitung .....	5
II.   Vorinstanzliches Verfahren.....	6
III.  Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht .....	10
Erwägungen: .....	19
1.    Prozessvoraussetzungen .....	20
2.    Ausgangslage .....	21
3.    Anwendungsbereich des Kartellgesetzes .....	21
i.    Persönlicher Anwendungsbereich .....	21
ii.   Sachlicher Anwendungsbereich.....	22
iii.  Örtlicher Anwendungsbereich.....	23
iv.   Vorbehaltene Vorschriften .....	34
Formelle Rügen .....	35
4.    Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs .....	35
5.    Rüge der Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes.....	51
6.    Rüge der Verletzung der Unschuldsvermutung .....	64
7.    Rüge der Befangenheit.....	73
Zwischenfazit: keine Verletzung formeller Rechte.....	74
Materielle Rügen.....	75
8.    Anwendung von Art. 5 Abs. 4 KG .....	75
i.    Anwendungsbereich der Norm .....	76
ii.   Anwendung von Art. 5 Abs. 4 KG bei indirekter Gebietszuweisung .....	77
iii.  Anwendung von Art. 5 Abs. 4 KG auf Lizenzverträge .....	78
iv.   Anwendung von Art. 5 Abs. 4 KG aufgrund der Vertikalbekanntmachung .....	81
v.    Anwendung von Art. 5 Abs. 4 KG auf Technologietransfervereinbarungen.....	82
vi.   Zwischenfazit: Art. 5 Abs. 4 KG erfüllt.....	86

9. Marktabgrenzung .....	86
i. Sachliche Marktabgrenzung .....	87
ii. Räumliche Marktabgrenzung .....	91
iii. Zwischenfazit relevanter Markt .....	94
10. Widerlegung der gesetzlichen Vermutung .....	95
i. Analyse des Intra- und Interbrand-Wettbewerbs .....	95
ii. Widerlegung der Vermutung in casu .....	98
11. Erheblichkeit der Wettbewerbsbeschränkung .....	99
i. Analyse des potentiellen Wettbewerbs .....	100
ii. Qualitative Erheblichkeit .....	103
iii. Quantitative Erheblichkeit .....	104
iv. Zwischenfazit: Erheblichkeit gegeben .....	109
12. Zur Frage des Kausalzusammenhangs .....	109
13. Rechtfertigungsgründe .....	113
i. Selektivvertrieb .....	113
ii. Regulatorische Beschränkungen .....	118
iii. Verletzung Untersuchungsgrundsatz und rechtliches Gehör? .....	120
iv. Fehlender Kausalzusammenhang? .....	122
v. Rechtfertigung durch vereinfachten Marktzugang in Österreich? .....	123
vi. Rechtfertigung durch Kapazitätsengpässe von Gebro? .....	124
vii. Zwischenfazit: unzulässige Wettbewerbsabrede .....	125
14. Sanktionierung .....	126
i. Rüge der Verletzung des Grundsatzes nulla poena sine lege .....	126
ii. Zur Frage der Sanktionierbarkeit erheblicher Wettbewerbsbeeinträchtigungen .....	128
iii. Verschulden .....	133
iv. Sanktionsbemessung für die Beschwerdeführerin .....	138
v. Sanktionsbemessung für Gebro .....	143
15. Fazit: Abweisung der Beschwerde .....	144

16. Kosten und Entschädigung.....	146
i. Verfahrenskosten vor der Vorinstanz.....	146
ii. Kosten und Entschädigung vor Bundesverwaltungsgericht.....	147
17. Berichtigung von Amtes wegen .....	148
Dispositiv: .....	148
Rechtsmittelbelehrung: .....	150

## Sachverhalt:

### I. EINLEITUNG

#### A.

**A.a** Die Gaba International AG (Gaba) mit Sitz in Therwil entwickelt und vertreibt seit über 60 Jahren Mund- und Zahnpflegeprodukte, darunter Zahnpasten, Zahnpülungen, Gelees und Zahnbürsten. Zu ihren bekannten Marken gehören Elmex und Meridol. Das Unternehmen wurde 2004 Teil der Colgate-Palmolive-Gruppe. Mit Ausnahme von Österreich ist Gaba in den an die Schweiz angrenzenden Ländern mit Tochtergesellschaften am Markt tätig. In Österreich ist die Gebro Pharma GmbH (Gebro) mit Sitz in Fieberbrunn, Österreich, seit 25 Jahren Lizenznehmerin von Gaba. Gebro ist auf die Herstellung und den Vertrieb chemischer und pharmazeutischer Produkte spezialisiert.

**A.b** Vom 1. Februar 1982 bis zum 1. September 2006 bestand zwischen Gaba und Gebro ein Lizenzvertrag, dessen Ziff. 3.2 folgendes vorsah:

*"GABI [Gaba International AG] verpflichtet sich, die Ausfuhr der Vertragsprodukte [Elmex Zahnpaste, Elmex Gelée, Elmex Fluid und Aronal forte Zahnpaste] nach Oesterreich mit allen ihr zu Gebote stehenden Mitteln zu verhindern und auch selbst weder direkt noch indirekt in Oesterreich zu vertreiben. Gebro verpflichtet sich ihrerseits, die Vertragsprodukte ausschliesslich in dem ihr vertraglich zustehenden Gebiet [Österreich] herzustellen und zu vertreiben und weder direkt noch indirekt Exporte in andere Länder vorzunehmen."*

**A.c** Am 1. September 2006 wurde der Vertrag vom 1. Februar 1982 durch ein neues Vertragswerk abgelöst, bestehend aus einem "Distribution Agreement" und einem "Agreement on the Manufacture of Dental Products". Hinsichtlich des Vertriebs von Gaba-Produkten in Österreich sieht das Distribution Agreement in Ziff. 12.1 vor:

*"The distributor [Gebro] shall not make any active endeavours to solicit orders for the products [Gaba-Produkte] outside the territory [Österreich] and shall not establish any centre for the distribution of the products outside the territory. [The] distributor shall inform [the] principal [Gaba] of any request of supply of products coming from outside the territory. The principal or its affiliates shall not make any active endeavours to sell products in the territory."*

**A.d** Die Denner AG (Denner) mit Sitz in Zürich ist ein in der Schweiz tätiges Detailhandelsunternehmen. Sie bietet als Discounter mit 435 Verkaufsstellen ein Sortiment in den Bereichen Food und Near-Food an. Ferner beliefert Denner rund 300 Denner-Satelliten. Im Nachgang an das von der Wettbewerbskommission (WEKO, im Folgenden: Vorinstanz) mit Verfügung vom 3. September 2007 unter Auflagen bewilligte Zusammenschlussvorhaben wurde Denner durch den Migros-Genossenschafts-Bund (hiernach: Migros) übernommen (vgl. RPW 2008/1, S. 129 ff.).

## **II. VORINSTANZLICHES VERFAHREN**

### **B.**

**B.a** Die Denner AG (hiernach: die Anzeigerin) reichte am 30. November 2005 beim Sekretariat der Vorinstanz eine Anzeige gegen Gaba wegen angeblicher Wettbewerbsbeschränkung ein und beantragte die Einleitung einer Untersuchung im Sinne von Art. 26 des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 (KG, SR 251). Sie machte geltend, dass ihre Versuche, zwischen 2003 und 2005 das von Gaba hergestellte Produkt Elmex rot direkt zu kaufen bzw. parallel aus Österreich zu importieren, gescheitert seien. In ihrer Anzeige monierte sie insbesondere die Lieferverweigerung durch Gaba, die wegen des must-stock-Charakters von Elmex rot bewirkte Wettbewerbsbehinderung, Gabas Selektivvertriebssystem für Elmex rot sowie die Verhinderung von Parallelimporten aus Österreich.

**B.b** Das Sekretariat eröffnete am 10. Mai 2006 eine Vorabklärung gemäss Art. 26 KG und schickte sowohl Gaba als auch verschiedenen Schweizer Detailhändlern Fragebögen. Mit E-Mail vom 12. Oktober 2006 wurde Gebro vom Sekretariat zu den Gründen für die Nichtbelieferung der Anzeigerin befragt. Mit E-Mail vom 24. Oktober 2006 teilte Gebro dem Sekretariat mit, solche Auskünfte würden erst auf formelle Anfrage hin gegeben.

**B.c** Am 8. Februar 2007 informierte das Sekretariat Gaba und die Anzeigerin über die Eröffnung einer Untersuchung im Einvernehmen mit einem Mitglied der Vorinstanz gemäss Art. 27 KG. Die amtliche Publikation der Untersuchungseröffnung im Sinne von Art. 28 KG erfolgte im Bundesblatt am 13. März 2007 (BBI 2007 1784). Mit der Untersuchung sollte geprüft werden, ob unzulässige Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG in Form von Preisvorgaben der Gaba für den Verkauf von Elmex rot oder eine Behinderung von Parallelimporten von Elmex rot vorliegen. Zudem sollte analysiert werden, ob die Nichtbelieferung der Denner

AG mit Elmex rot als Verstoss gegen Art. 5 Abs. 1 KG oder Art. 7 KG zu werten sei.

**B.d** Im Rahmen der Untersuchung versandte das Sekretariat Fragebögen an Gaba, Gebro und die Anzeigerin, an diverse Verbände, Detailhändler, Konsumentenschutzorganisationen, Apotheken, Drogerien und Zahnpasta-Hersteller, sowie an das Schweizerische Heilmittelinstitut Swissmedic, an das Bundesamt für Gesundheit, die Colgate-Palmolive-Gruppe und an verschiedene Zahnärzte. Mit Schreiben vom 3. April 2007 informierte die Anzeigerin das Sekretariat über einen weiteren gescheiterten Importversuch von Elmex rot aus Österreich. Ihr sei vom ausländischen Lieferanten beschieden worden, dass Gaba die Belieferung der Anzeigerin mit Elmex rot aus Österreich nicht erlaube.

**B.e** Mit Schreiben vom 16. Dezember 2008 stellte das Sekretariat Gaba und Gebro seinen der Vorinstanz gemäss Art. 30 Abs. 1 KG unterbreiteten Antrag zur Stellungnahme zu. Darin gelangte es zum Schluss, dass Gaba und Gebro aufgrund einer unzulässigen Gebietsabrede nach Massgabe von Art. 5 Abs. 4 KG zu sanktionieren seien. Gleichzeitig wurde Gebro informiert, dass die Untersuchung im Einvernehmen mit einem Mitglied der Vorinstanz auf sie erweitert worden sei. Gaba äusserte sich am 25. März 2009 und Gebro am 30. April 2009 zum Antrag.

**B.f** Am 8. Juni 2009 wurden Gaba und Gebro von der Vorinstanz angehört und ihnen wurde Gelegenheit zur mündlichen Stellungnahme eingeräumt. Im Anschluss konnten Gaba und Gebro zum Protokoll der Anhörung schriftlich Stellung nehmen. Eine Einvernahme der Anzeigerin als Zeugin fand am 6. Juli 2009 in den Räumlichkeiten der Vorinstanz und im Beisein von Gaba und Gebro statt. Mit Schreiben vom 7. Juli 2009 erhielten Gaba und Gebro das Protokoll der Zeugeneinvernahme verbunden mit der Aufforderung, sich dazu sowie zur Zeugeneinvernahme zu äussern. Zudem wurden sie mit Schreiben vom gleichen Tag aufgefordert, Stellung zu nehmen für den Fall, dass die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs widerlegt werden könnte.

### **B.g**

**B.g.a** Die Vorinstanz erliess am 30. November 2009 eine Verfügung mit folgendem Dispositiv:

*"1. Es wird festgestellt, dass der Lizenzvertrag vom 1. Juli 1982 zwischen Gaba International AG und Gebro Pharma GmbH bis zum 1. September 2006 eine unzulässige Gebietsabrede nach Massgabe von Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 KG enthielt.*

*2. Im Übrigen wird die Untersuchung eingestellt.*

*3. Gaba International AG wird gemäss Art. 49a Abs. 1 KG für das unter der Ziff. 1 beschriebene Verhalten mit einem Betrag von CHF 4'820'580.- belastet.*

*4. Gebro Pharma GmbH wird für das unter der Ziff. 1 beschriebene Verhalten mit einem Betrag von CHF 10'000.- belastet.*

*5. Die Verfahrenskosten belaufen sich insgesamt auf CHF 306'215.- und werden den Parteien wie folgt auferlegt:*

*Gaba International AG CHF 296'215.-.*

*Gebro Pharma GmbH CHF 10'000.-.*

*6. [Rechtsmittelbelehrung]*

*7. [Eröffnung]"*

Die Verfügung wurde am 7. Dezember 2009 versandt und am 8. Dezember 2009 zugestellt. Die Veröffentlichung erfolgte in RPW 2010/1, S. 65 ff.

**B.g.b** Zur Begründung wird in der angefochtenen Verfügung ausgeführt, das in Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages vom 1. Februar 1982 statuierte Verbot von Aktiv- und Passivverkäufen ausserhalb des vereinbarten Gebiets (sog. absoluter Gebietsschutz) bezwecke oder bewirke eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG. Der den Schweizer Markt abschottende Lizenzvertrag falle unter den Vermutungstatbestand der vertikalen Gebietsabschottung im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG und sei folglich als unzulässige Wettbewerbsabrede zu qualifizieren. Der absolute Gebietsschutz könne nicht durch die Notwendigkeit eines selektiven Vertriebs legitimiert werden, zumal dieser gegenüber der Anzeigerin nicht diskriminierungsfrei praktiziert worden sei. Auch durch die Unterstellung unter die Verordnung (EG) Nr. 772/2004 der Kommission vom 27. April 2004 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag auf Gruppen von Technologietransfer-Vereinbarungen (ABl. L 123 vom 27. April 2004, S. 11;



Gruppenfreistellungsverordnung über Technologietransfervereinbarungen, TT-GVO) könne das Verkaufsverbot nicht als zulässig erklärt werden, da der Lizenzvertrag die in der Verordnung vorgeschriebenen Kriterien nicht erfülle. Aus diesen Gründen kommt die Vorinstanz zum Schluss, dass der wirksame Wettbewerb als vermutungsweise beseitigt anzusehen sei.

**B.g.c** In der angefochtenen Verfügung wird weiter festgestellt, die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs könne zwar auf dem relevanten Markt, welcher laut Vorinstanz das Gebiet der Schweiz für Zahnpasta des täglichen Bedarfs umfasst, aufgrund des in geringem Umfang existierenden Intrabrand-Wettbewerbs in Kombination mit dem vorhandenen Interbrand-Wettbewerb widerlegt werden. Indes seien absolute Gebietsschutzklauseln im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG besonders schädlich und würden deshalb das qualitative Element einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung bereits ihrem Wesen nach erfüllen. In quantitativer Hinsicht sei bei absoluten Gebietsschutzabreden auf die potenziellen Auswirkungen von Parallelimporten abzustellen. Aufgrund von Marktstellung und Marktanteil von Elmex rot, den Preisunterschieden zu Österreich und den spürbaren Auswirkungen auf den Endpreis von Elmex rot, welche auf dem Schweizer Markt nach der Belieferung von Denner mit Elmex rot festgestellt worden seien, sei auch das quantitative Kriterium der Erheblichkeit zu bejahen. Der bis zum 1. September 2006 zwischen Gaba und Gebro bestehende Lizenzvertrag sei deshalb als erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs gemäss Art. 5 Abs. 1 KG zu qualifizieren. Eine Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gemäss Art. 5 Abs. 2 KG sei nicht möglich.

**B.g.d** Die Vorinstanz kommt ferner zum Schluss, die von Gaba und Gebro getroffene Gebietsabrede nach Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG falle aufgrund unzulässiger erheblicher Wettbewerbsbeeinträchtigung in den Anwendungsbereich von Art. 49a Abs. 1 KG. Die Abrede sei Gaba überdies trotz Bestehens eines Compliance-Programmes vorwerfbar, da sie bewusst umgesetzt worden sei und ihre Unzulässigkeit als Gaba bekannt vorausgesetzt werden dürfe. Insgesamt stelle das Verhalten von Gaba mindestens einen mittelschweren Verstoss dar, weshalb von einem Basisbetrag von 5% des auf den relevanten Märkten erzielten Umsatzes der letzten drei Jahre auszugehen sei. Dieser Betrag sei gestützt auf die Dauer des praktizierten Wettbewerbsverstosses von rund 2 ½ Jahren um 20% anzuheben. Weitere erschwerende oder mildernde Umstände lägen nicht vor. Aus diesen Gründen werde Gaba mit einer Sanktion in Höhe von CHF 4'820'580.- belegt. Zudem habe Gaba von den Gesamtkosten der Vorabklärung und

der Untersuchung in Höhe von CHF 306'215.- den Betrag von CHF 296'215.- zu tragen.

**B.h** Für den Zeitpunkt nach dem 1. September 2006 konnte das Vorliegen einer Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 4 KG aus Sicht der Vorinstanz nicht erstellt werden.

### **III. VERFAHREN VOR BUNDESVERWALTUNGSGERICHT**

#### **C.**

**C.a** Gegen die Verfügung der Vorinstanz vom 30. November 2009 erhob Gaba (hiernach: Beschwerdeführerin) mit Eingabe vom 25. Januar 2010 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht mit folgenden Rechtsbegehren:

*"1. Die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 30. November 2009 sei bezüglich Ziff. 1, 3 und 5 des Dispositivs aufzuheben.*

*2. Eventualiter sei die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 30. November 2009 bezüglich Ziff. 1, 3 und 5 des Dispositivs aufzuheben und vom Bundesverwaltungsgericht in der Sache neu zu entscheiden.*

*3. Subeventualiter sei die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 30. November 2009 bezüglich Ziff. 1, 3 und 5 des Dispositivs aufzuheben und an die Wettbewerbskommission zur Neuurteilung zurückzuweisen.*

*Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Staates.*

#### **Verfahrens Antrag**

*Falls das Bundesverwaltungsgericht in der Sache entscheidet, sei vor dem Entscheid eine Verhandlung durchzuführen und die Beschwerdeführerin anzuhören."*

**C.b** In formeller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, einen Verstoß gegen den Untersuchungsgrundsatz, die Verletzung der strafrechtlichen Unschuldsvermutung sowie die Verletzung der Ausstandsregeln durch die Vorinstanz. Zur Gehörsverletzung

führt sie aus, sie sei nicht zu den Änderungen der angefochtenen Verfügung angehört worden, ihr sei keine Einsicht in gewisse Eingaben der Anzeigerin und in Notizen ihrer Gespräche mit der Vorinstanz gewährt worden, es liege ein Aktenführungsmangel vor, und die Vorinstanz habe sich mit verschiedenen Argumenten nicht auseinandergesetzt. Im Zusammenhang mit der Rüge der Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes trägt die Beschwerdeführerin vor, die Vorinstanz habe sich mit wesentlichen Vorbringen und Beweismitteln nicht auseinandergesetzt und zahlreiche Behauptungen ungenügend begründet. Die strafrechtliche Unschuldsvermutung sieht die Beschwerdeführerin durch eine Medienkampagne der Anzeigerin sowie durch öffentliche Äusserungen der Vorinstanz als verletzt an. Schliesslich rügt sie eine Verletzung der Ausstandsregeln, da ein Mitglied des Verwaltungsrates der Anzeigerin, welches gleichzeitig Mitglied der Vorinstanz gewesen sei, im vorliegenden Verfahren nicht in den Ausstand getreten sei.

**C.c** Materiell macht die Beschwerdeführerin erstens eine Verletzung von Bundesrecht geltend, weil die Vorinstanz sowohl das Kartellgesetz als auch das Lebensmittelrecht unrichtig angewendet habe. So werde der Lizenzvertrag vom 1. Februar 1982 nicht vom Anwendungsbereich des Art. 5 Abs. 4 KG erfasst, da er unter die Technologietransferverordnung der EU falle und folglich auch nach Schweizer Kartellrecht zulässig sei. Ferner regle der Vertrag ausschliesslich den österreichischen Markt, weswegen das Schweizer Kartellrecht mangels unmittelbarer Auswirkungen des Vertrags in der Schweiz nicht anwendbar und die Vorinstanz nicht zuständig sei. Zudem hätten die Beschwerdeführerin und Gebro die Gebietschutzklausel seit 2003 weder befolgt noch durchgesetzt, womit diese faktisch nicht beachtet und damit aufgehoben gewesen sei. Auch aus diesem Grund sei eine Auswirkung auf den Schweizer Markt nicht gegeben gewesen. Des Weiteren sei eine Verletzung von Art. 5 Abs. 4 KG bereits durch den Umstand ausgeschlossen, dass es sich bei Elmex rot um eine selektiv vertriebene Zahnpasta mit medizinischem Image handle und Denner mangels Erfüllung der Selektionskriterien nicht beliefert worden sei. Schliesslich seien Importe im untersuchungsrelevanten Zeitraum aufgrund regulatorischer Vorschriften beschränkt gewesen. Im Übrigen sei das Legalitätsprinzip verletzt, da Art. 5 Abs. 4 KG in casu nicht als gesetzliche Grundlage für eine Sanktionierung dienen könne.

**C.d** Die Beschwerdeführerin rügt in materieller Hinsicht ausserdem, die Vorinstanz habe in mehrfacher Hinsicht den Sachverhalt unrichtig bzw. un-

vollständig festgestellt. Des Weiteren sei die strafrechtliche Unschuldsvermutung verletzt, da die Beschwerdeführerin sanktioniert worden sei obwohl sie kein Verschulden treffe und sie über ein funktionierendes Compliance-Programm verfüge. Schliesslich habe die Vorinstanz das KG und die Verordnung vom 12. März 2004 über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung, SVKG, SR 251.5) unrichtig angewendet, indem sie Art, Schwere und Dauer des Verstosses falsch beurteilt sowie mildernde Umstände nicht berücksichtigt habe.

**C.e** Hinsichtlich der Verfahrenskosten rügt die Beschwerdeführerin schliesslich eine Verletzung des Verursacher- und Unterliegerprinzips, da ihr die Gebühren für das gesamte Untersuchungsverfahren auferlegt worden seien, obwohl sich bei zwei von drei Untersuchungspunkten die Verdachtsmomente nicht hätten erhärten lassen und sie somit höchstens mit einem Sechstel der Kosten zu belasten sei.

**D.** Parallel hierzu erhob die Gebro Pharma GmbH mit Eingabe vom 25. Januar 2010 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht (Verfahren B-463/2010).

**E.** Mit Verfügung vom 3. Februar 2010 teilte der Instruktionsrichter der Anzeigerin mit, es stehe ihr frei, allfällige Parteirechte bis zum 5. März 2010 geltend zu machen. Die Anzeigerin ersuchte mit Eingabe vom 3. März 2010 für die Entscheidung über die Ausübung allfälliger Parteirechte im vorliegenden Verfahren um Zustellung der Beschwerdeschrift vom 25. Januar 2010 inklusive Beilagen. Zudem erklärte sie, sie werde nach wie vor weder von europäischen Tochtergesellschaften der Beschwerdeführerin noch von Gebro zu europäischen Preisen beliefert. Mit Schreiben vom 24. März 2010 beantragte die Beschwerdeführerin die Abweisung des Gesuches der Anzeigerin um Zustellung der Beschwerdeschrift vom 25. Januar 2010 inklusive Beilagen, da diese nicht über das parteirechtliche Akteneinsichtsrecht verfüge solange nicht über ihre Stellung im vorliegenden Verfahren entschieden worden sei. Die Vorinstanz verzichtete in ihrer Eingabe vom 17. März 2010 auf eine Stellungnahme zum Gesuch der Anzeigerin.

**F.** Da die Anzeigerin sich nicht als Partei konstituierte, wies das Bundesverwaltungsgericht am 30. März 2010 das Gesuch der Anzeigerin vom 3. März 2010 um Einsicht in die Beschwerdeschrift vom 25. Januar 2010 inklusive Beilagen ab. Zudem forderte es die Anzeigerin auf, allfällige Parteirechte bis zum 30. April 2010 geltend zu machen.

**G.** Die Vorinstanz liess sich innert erstreckter Frist mit Eingabe vom 19. April 2010 zum vorliegenden Verfahren vernehmen und reichte die vorinstanzlichen Akten ein. Sie beantragt die Abweisung der Beschwerde vom 25. Januar 2010 unter Kostenfolge.

**H.** Mit Verfügung vom 18. Mai 2010 stellte das Bundesverwaltungsgericht fest, dass sich die Anzeigerin nicht innert der ihr mit Verfügung vom 30. März 2010 gewährten Frist zur Geltendmachung allfälliger Parteirechte hat vernehmen lassen, weswegen ihr im vorliegenden Verfahren keine Parteistellung zukommt. Sie wird zu gegebenem Zeitpunkt über den Ausgang des Verfahrens informiert.

**I.** Angesichts des Vorgehens der Vorinstanz, in der Vernehmlassung vom 19. April 2010 sowohl zur Rechtsschrift der Beschwerdeführerin als auch zu derjenigen von Gebro Stellung zu nehmen, beantragte die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 27. Mai 2010 die Zustellung einer geschäftsgeheimnisbereinigten Kopie der Beschwerde von Gebro. Mit Verfügung vom 1. Juni 2010 lud das Bundesverwaltungsgericht Gebro zur Einreichung einer geschäftsgeheimnisbereinigten Version der Beschwerde vom 25. Januar 2010 sowie einer Stellungnahme zum Schreiben der Beschwerdeführerin vom 27. Mai 2010 ein. Die mit Schreiben vom 8. Juni 2010 übersandte, um Geschäftsgeheimnisse bereinigte Kopie der Beschwerde von Gebro vom 25. Januar 2010 wurde der Beschwerdeführerin mit Verfügung vom 14. Juni 2010 zugestellt.

**J.** Die Beschwerdeführerin hielt innert erstreckter Frist in ihrer Replik vom 25. August 2010 an ihren in der Beschwerde vom 25. Januar 2010 gestellten Anträgen fest.

**K.** Angesichts der zu erwartenden präjudizierenden bundesgerichtlichen Rechtsprechung mit Wirkung auf das vorliegende Verfahren (insbesondere in den vor dem Bundesgericht angefochtenen Urteilen B-2050/2007 i.S. Swisscom [Schweiz] AG und B-2977/2007 i.S. Publigroupe SA) sistierte das Bundesverwaltungsgericht mit Zwischenentscheid vom 31. August 2010 das Verfahren B-506/2010, unter Vorbehalt eines gegenteiligen Antrags der Parteien bis zum 13. September 2010. Die Fortsetzung der Verfahrensinstruktion wurde auf den Zeitpunkt nach Eröffnung der vor dem Bundesgericht angefochtenen Urteile angekündigt. Zudem wurde der Vorinstanz ein Doppel der Replik der Beschwerdeführerin vom 23. August 2010 inkl. Beilagenverzeichnis zugestellt.

**L.** Die Vorinstanz ersuchte das Bundesverwaltungsgericht mit Schreiben vom 8. September 2010 um Übermittlung der Beilagen 4 und 5 zur Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 23. August 2010. Diese wurden ihr nach Einräumung des rechtlichen Gehörs an die Beschwerdeführerin mit Verfügung vom 28. September 2010 übersandt.

**M.**

**M.a** Innert erstreckter Frist reichte die Beschwerdeführerin am 30. September 2010 eine Stellungnahme zur Verfügung des Bundesverwaltungsgerichts betreffend die Sistierung des Verfahrens B-506/2010 mit folgenden Anträgen ein:

*"1. Das vorliegende Verfahren sei nicht zu sistieren und die Verfahrensinstruktion sei fortzusetzen.*

*2. Der Vorinstanz sei umgehend Frist zur Vernehmung zur Replik der Beschwerdeführerin vom 23. August 2010 anzusetzen.*

*3. Eventualiter sei das Verfahren erst nach erfolgter Vernehmung der Vorinstanz zur Replik der Beschwerdeführerin vom 23. August 2010 zu sistieren."*

**M.b** Zur Begründung führt die Beschwerdeführerin aus, die in der Verfügung vom 31. August 2010 erwähnten, vor dem Bundesgericht angefochtenen Urteile hätten mangels engen Zusammenhangs keine präjudizielle Wirkung auf das vorliegende Verfahren. Zum einen handle es sich um unterschiedliche Sachverhalte: vor Bundesgericht werde eine Verletzung des "nulla poena sine lege"-Grundsatzes geltend gemacht bezüglich der Frage der Bestimmtheit von Art. 7 KG, während die Beschwerdeführerin in casu vortrage, für eine Sanktionierung fehle die gesetzliche Grundlage bzw. der vorliegende Sachverhalt falle nicht in den Anwendungsbereich der Sanktionsnorm. Zum anderen beträfen die vor Bundesgericht hängigen Verfahren den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung, während vorliegend eine angebliche vertikale Wettbewerbsabsprache zu beurteilen sei.

**M.c** In den vor Bundesgericht anhängig gemachten Rechtssachen sei zudem die Unvereinbarkeit der institutionellen Organisation der Vorinstanz mit den Garantien der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (EMRK, SR 0.101) geltend gemacht worden. Wie das Bundesverwaltungsgericht mit Verweis auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte und

des Bundesgerichts festgestellt habe, sei das Schweizerische Kartellsystem EMRK-konform, solange das Bundesverwaltungsgericht seine Kognition rechtskonform ausübe. Weil diese Frage immer einzelfallbezogen zu beantworten sei, hätten die vor Bundesgericht angefochtenen Urteile keine präjudizielle Wirkung auf den vorliegenden Fall.

**M.d** Zudem sprächen gewichtige öffentliche und private Interessen gegen die Sistierung. Einerseits habe die Vorinstanz ihre Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Vertikalbekanntmachung, VertBek 07, BBl 2007 7597) an die neue, in der angefochtenen Verfügung angewandte Praxis angepasst. Aus Gründen der Rechtssicherheit sei daher möglichst rasch über deren Rechtmässigkeit zu befinden. Ferner müssten, wenn das Bundesverwaltungsgericht die behaupteten Mängel des schweizerischen Kartellverfahrens trotz etablierter Rechtsprechung des Bundesgerichts als eine grundlegende Rechtsfrage erachte, aus Gründen der Rechtsgleichheit sämtliche künftigen Beschwerdeverfahren betreffend Sanktionsverfügungen der Vorinstanz sistiert werden, was mit dem in Art. 29 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV) statuierten Verbot der Rechtsverzögerung und dem Grundsatz der Verfahrensökonomie nicht vereinbar sei. Überdies erheischten private Interessen, namentlich die Vermeidung von Rechtsunsicherheit in Bezug auf die erhobenen Vorwürfe, die von der Beschwerdeführerin gebildeten Rückstellungen sowie der Reputationsschutz eine rasche Verfahrenserledigung.

**M.e** Schliesslich ergebe sich aus dem Grundsatz der Waffengleichheit, dass der Vorinstanz Frist zur Stellungnahme zur Replik der Beschwerdeführerin anzusetzen sei. Dies und der anschliessende Abschluss des Schriftenwechsels hätten vor einer allfälligen Sistierung des Verfahrens zu erfolgen. Die Vorinstanz ersuchte mit Schreiben vom 19. Oktober 2010 um Zustellung der Beilage 3 zur Replik der Beschwerdeführerin vom 23. August 2010, welche ihr am 20. Oktober 2010 übersandt wurde.

**N.** Mit Zwischenverfügung vom 11. November 2010 ersuchte das Bundesverwaltungsgericht die Vorinstanz um Einreichung einer allfälligen Duplik. Gleichzeitig hob es die am 31. August 2010 angeordnete Sistierung des vorliegenden Verfahrens B-506/2010 auf und verfügte die neue Sistierung ab Eingang der Duplik der Vorinstanz bis zur schriftlichen Eröffnung der Entscheide des Bundesgerichts in den Verfahren gegen die Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-2050/2007 sowie B-2977/2007.

**O.** Die Vorinstanz reichte am 24. Januar 2011 innert erstreckter Frist eine Duplik ein, in der sie an ihren bisher gemachten Ausführungen festhielt.

**P.** Mit Urteil vom 11. April 2011 entschied das Bundesgericht über die Beschwerde gegen den Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts BVGE 2011/32 "Swisscom" (BGE 137 II 199). Die Parteien erhielten das schriftliche Urteil am 20. April 2011. Nach öffentlicher Beratung vom 29. Juni 2012 stellte das Bundesgericht zudem in der Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgericht B-2977/2007 ("Publigroupe") den Parteien das schriftliche Urteil am 28. Januar 2013 zu (BGE 139 I 72). Das Bundesverwaltungsgericht hob mit Verfügung vom 6. Februar 2013 die Sistierung des Verfahrens B-506/2010 auf. Des Weiteren setzte es der Beschwerdeführerin Frist zur Mitteilung, ob sie an ihrem Verfahrens Antrag auf Durchführung einer öffentlichen Parteiverhandlung festhalte. Schliesslich ersuchte das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerdeführerin sowie die Vorinstanz um Stellungnahme zur Frage, ob das Urteil BGE 139 I 72 "Publigroupe" aus ihrer Sicht Auswirkungen auf das vorliegende Beschwerdeverfahren habe und wenn ja, um welche Auswirkungen es sich ihrer Meinung nach handle.

**Q.** In ihrer Eingabe vom 18. Februar 2013 führte die Vorinstanz aus, der Entscheid des Bundesgerichts BGE 139 I 72 "Publigroupe" bestätige ihre Haltung hinsichtlich zwei wichtiger Punkte: einerseits sei klargestellt worden, dass es aus Sicht der EMRK keiner institutionellen Strukturänderungen im schweizerischen Kartellverfahren bedürfe. Andererseits habe das Bundesgericht festgehalten, dass die Anforderungen an den Nachweis kartellrechtsrelevanter Zusammenhänge mit Blick auf die Zielsetzung des Kartellgesetzes nicht übertrieben werden dürften.

**R.**

**R.a** Mit Stellungnahme vom 13. März 2013 hielt die Beschwerdeführerin an ihren in der Beschwerde vom 25. Januar 2010 gestellten Rechtsbegehren fest und stellte folgende Verfahrensanträge:

"1. a) *Es sei eine Instruktionsverhandlung i.S.v. Art. 57 Abs. 2 VwVG durchzuführen.*

b) *Eventualiter: Es sei eine öffentliche Parteiverhandlung i.S.v. Art. 40 Abs. 1 VGG durchzuführen.*



2. *Die WEKO sei unter Fristansetzung durch das Bundesverwaltungsgericht zu verpflichten, der Beschwerdeführerin den "fil rouge" auszuhändigen."*

**R.b** Zum Antrag auf Durchführung einer Instruktionsverhandlung macht die Beschwerdeführerin geltend, bei kartellrechtlichen Bussgeldverfahren seien regelmässig komplexe Wirtschaftssachverhalte und Sanktionen mit strafähnlichem Charakter zu beurteilen, weswegen nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts eine solche Verhandlung angezeigt sei. Auf jeden Fall habe die Beschwerdeführerin gemäss Art. 40 Abs. 1 VGG Anspruch auf Durchführung einer öffentlichen Parteiverhandlung, da in casu strafrechtliche Anklagen i.S.v. Art. 6 Ziff. 1 EMRK zu beurteilen seien.

**R.c** Bezüglich der Einsicht in den "fil rouge" trägt die Beschwerdeführerin erstmals vor, das Sekretariat der Vorinstanz habe im Wettbewerbsverfahren die Funktion einer Untersuchungsbehörde, während die Vorinstanz selbst die Funktion eines "Richters" mit Strafkompetenz inne habe. Das Sekretariat habe die Vorinstanz mit vertraulichen Akten, dem sog. "fil rouge" instruiert, in welche die Beschwerdeführerin bis heute keine Einsicht erhalten habe, womit sie nicht wisse, ob und wie sich die Vorinstanz mit ihren Argumenten auseinandergesetzt habe. Gemäss Art. 6 EMRK müsse die Beschwerdeführerin in der Lage sein, ihre Rechte im Strafverfahren wirksam wahrzunehmen, was Kenntnis der Beschuldigungen, des Beweisergebnisses und auch der zur Verfügung stehenden Verteidigungsrechte voraussetze. Deswegen sei das Anlegen von Geheimakten durch die Strafbehörden unzulässig.

**R.d** Schliesslich führt die Beschwerdeführerin zum Entscheid des Bundesgerichts BGE 139 I 72 "Publigroupe" aus, die EMRK-Konformität des vorliegenden Verfahrens könne nur dadurch hergestellt werden, dass das Bundesverwaltungsgericht sämtliche Einwände der Beschwerdeführerin "Punkt für Punkt" prüfe. Dabei dürfe es sich nicht auf die Ausführungen des Bundesgerichts zum Beweismass in Wettbewerbsverfahren stützen, da es im vorliegenden Fall um eine Würdigung der Beweislage gehe, namentlich um die tatsächliche Frage, ob die Beschwerdeführerin durch eine angebliche Parallelimportbeschränkung den Wettbewerb in der Schweiz beschränkt habe. Wie bereits in der Beschwerde vom 25. Januar 2010 dargelegt, habe die Vorinstanz den Sachverhalt ungenügend untersucht. Weil es bei der Frage der Beschränkung von Parallelimporten um "harte Fakten"

gehe, sei eine hypothetische Beweisführung aufgrund ökonomischer Annahmen per se ausgeschlossen.

**S.** Das Bundesverwaltungsgericht forderte mit Verfügung vom 20. März 2013 die Vorinstanz auf, eine Kopie des vollständigen "fil rouge" unter Bezeichnung allfälliger Geheimhaltungsinteressen bzw. Geschäftsgeheimnisse einzureichen. Zudem wurde die Vorinstanz aufgefordert, zur Frage Stellung zu nehmen, ob der Beschwerdeführerin Einsicht in den "fil rouge" zu gewähren sei.

**T.**

**T.a** Mit Eingabe vom 8. April 2013 reichte die Vorinstanz beim Bundesverwaltungsgericht den "fil rouge" ein und stellte folgende Anträge:

*"Der Beschwerdeführerin sei keine Einsicht in den "fil rouge" zu gewähren."*

Eventualantrag:

*"Sollte das Gericht entscheiden, dass einzelne Elemente aus dem "fil rouge" keine verwaltungsinternen Informationen darstellen, sei der Beschwerdeführerin lediglich auszugsweise Einsicht in diese Elemente des "fil rouge" zu gewähren."*

**T.b** Zur Begründung führt die Vorinstanz aus, es seien drei Versionen des "fil rouge" erstellt worden: (i) für die Eintretensdebatte und die Anhörung der Beschwerdeführerin vom 8. Juni 2009, (ii) für die erste Entscheiddebatte der Vorinstanz, sowie (iii) für die verfahrensabschliessende Entscheidungsdiskussion. Während die ersten beiden Versionen in erster Linie der Strukturierung der Diskussion anlässlich der Plenarsitzung der Vorinstanz gedient hätten, habe die dritte Version den Inhalt des vom Sekretariat zu Händen der Vorinstanz verfassten Verfügungsentwurfs zusammengefasst. Beim "fil rouge" handle es sich um eine verwaltungsinterne Akte, welcher kein Beweischarakter zukomme. Im Sinne der bisherigen Rechtsprechung zur Einsichtnahme in verwaltungsinterne Akten sei der Beschwerdeführerin keine Einsicht in den "fil rouge" zu gewähren. Sollte das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss kommen, dass einzelne Elemente im "fil rouge" eine "objektive Bedeutung für die verfügungswesentliche Sachverhaltsfeststellung" hätten, so sei der Beschwerdeführerin lediglich auszugsweise Einblick in diese Elemente zu gewähren.

**T.c** Im Zwischenentscheid vom 17. April 2013 gelangte das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss, dass es sich beim "fil rouge" um eine verwaltungsinterne Akte handelt. Das Gesuch der Beschwerdeführerin auf Einsicht in diese wurde abgewiesen.

**U.** Mit prozessleitender Anordnung vom 28. August 2013 holte das Bundesverwaltungsgericht bei der Vorinstanz Unterlagen im Zusammenhang mit Sitzungen der Vorinstanz ein.

**V.** Am 10. Oktober 2013 fand vor dem Bundesverwaltungsgericht die von der Beschwerdeführerin beantragte Verhandlung statt. Im Anschluss an das mündliche Plädoyer der Vorinstanz stellte die Beschwerdeführerin den Antrag, es sei ihr zu gestatten, auf dieses schriftlich zu replizieren. Der Antrag wurde nach Gewährung des rechtlichen Gehörs an die Vorinstanz in der Verhandlung gutgeheissen.

**W.** Mit Verfügung vom 15. Oktober stellte das Bundesverwaltungsgericht der Beschwerdeführerin und der Vorinstanz das Protokoll der Verhandlung vom 10. Oktober 2013 zur freien Stellungnahme zu. Gleichzeitig wurde die Beschwerdeführerin aufgefordert, ihre schriftliche Replik zum mündlichen Plädoyer der Vorinstanz einzureichen. Die Stellungnahme der Vorinstanz zum Protokoll der Verhandlung ging am 22. Oktober 2013 ein.

**X.** Die Beschwerdeführerin reichte am 31. Oktober 2013 innert erstreckter Frist ihre schriftliche Replik zum mündlichen Plädoyer der Vorinstanz anlässlich der Verhandlung ein. Die entsprechende Duplik der Vorinstanz wurde dem Bundesverwaltungsgericht mit Schreiben vom 11. November 2013 zugestellt. Am 5. November 2013 ersuchte das Bundesverwaltungsgericht die Vorinstanz telefonisch um Einreichung einer detaillierten Aufstellung der vorinstanzlichen Verfahrenskosten. Diese wurde dem Bundesverwaltungsgericht am 12. November 2013 übermittelt. Die Eingaben wurden den Parteien und die Kostenaufstellung wurde der Beschwerdeführerin zur Kenntnis zugestellt.

**Y.** Auf die vorstehend genannten und weiteren Vorbringen wird, soweit sie entscheidenderheblich sind, im Rahmen der Erwägungen eingegangen.

**Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

## **1. PROZESSVORAUSSETZUNGEN**

### **1.**

**1.1** Ob die Prozessvoraussetzungen gegeben sind und auf eine Beschwerde einzutreten ist, hat das Bundesverwaltungsgericht gemäss ständiger Rechtsprechung von Amtes wegen und mit freier Kognition zu prüfen.

**1.2** Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021). Als Verfügungen gelten autoritative, einseitige, individuell-konkrete Anordnungen einer Behörde, die in Anwendung von Verwaltungsrecht ergangen, auf Rechtswirkungen ausgerichtet sowie verbindlich und erzwingbar sind (vgl. BGE 135 II 38 E. 4.3 m.w.H.). Der angefochtene Entscheid der Schweizerischen Wettbewerbskommission (WEKO) vom 30. November 2009 im Untersuchungsverfahren 22-0349 stellt eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG dar. Das Bundesverwaltungsgericht ist gemäss Art. 33 Bst. f VGG (i.V.m. Art. 47 Abs. 1 Bst. b VwVG) für die Behandlung der vorliegenden Streitsache zuständig, zumal keine Ausnahme i.S.v. Art. 32 VGG vorliegt.

**1.3** Die Beschwerdeführerin ist als Adressatin durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung. Sie ist zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 48 VwVG). Die Eingabefrist sowie die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift gemäss Art. 50 und 52 Abs. 1 VwVG sind gewahrt. Der Kostenvorschuss im Sinne von Art. 63 Abs. 4 VwVG wurde rechtzeitig geleistet und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen sind erfüllt.

Auf die Beschwerde vom 25. Januar 2010 ist daher einzutreten.

## **2. AUSGANGSLAGE**

### **2.**

Die Vorinstanz hat der Beschwerdeführerin eine Sanktion in Höhe von CHF 4'820'580.- auferlegt, da sie zum Schluss gelangte, der zwischen der Beschwerdeführerin und Gebro vom 1. Februar 1982 bis zum 1. September 2006 bestehende Lizenzvertrag habe eine unzulässige Gebietsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 (KG, SR 251) enthalten. In der betreffenden Klausel seien sowohl ein Aktiv- als auch ein Passivverkaufsverbot vereinbart worden. Dabei definierte die Vorinstanz einerseits den aktiven Verkauf als die aktive Ansprache einzelner Kunden in einem Gebiet, das sich der Lieferant selbst vorbehalten oder ausschliesslich einem anderen Händler zugewiesen habe. Andererseits umschrieb sie den passiven Verkauf als die Erfüllung unaufgeforderter Bestellungen einzelner Kunden aus einem Gebiet, das sich der Lieferant selbst vorbehalten oder ausschliesslich einem anderen Händler zugewiesen habe. Die massgebliche Dauer für die Berechnung der Sanktion ist der Zeitraum vom 1. April 2004 bis zum 1. September 2006. Für den Zeitpunkt nach dem 1. September 2006 kam die Vorinstanz zum Schluss, dass das Vorliegen einer vertikalen Gebietsabrede i.S.v. Art. 5 Abs. 4 KG nicht erstellt sei. Dem vorliegenden Urteil liegt demnach der bis zum 1. September 2006 geltende Sachverhalt zugrunde.

## **3. ANWENDUNGSBEREICH DES KARTELLGESETZES**

### **i. PERSÖNLICHER ANWENDUNGSBEREICH**

#### **3.**

**3.1** Die angefochtene Verfügung erging gestützt auf das Kartellgesetz, welches gemäss Art. 1 KG bezweckt, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern. Das Kartellgesetz ist nach Art. 2 Abs. 1 KG auf Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts anwendbar, worunter sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess zu verstehen sind, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG). Als Herstellerin und Vertreiberin von Zahnpasta, Zahnpülungen, Gelees und Zahnbürsten ist die Beschwerdeführerin Anbieterin von Gütern im Wirtschaftsprozess und fällt demnach unter den Unternehmensbegriff im Sinne des Kartellgesetzes.

## **ii. SACHLICHER ANWENDUNGSBEREICH**

### **3.2**

**3.2.1** In sachlicher Hinsicht ist das Kartellgesetz anwendbar auf Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden, auf die Ausübung von Marktmacht sowie auf Unternehmenszusammenschlüsse (Art. 2 Abs. 1 KG). Vorliegend bestand zwischen der Beschwerdeführerin und Gebro vom 1. Februar 1982 bis zum 1. September 2006 ein schriftlicher Lizenzvertrag. Es ist zu prüfen, ob dieser Vertrag als Wettbewerbsabrede im Sinne des Kartellgesetzes zu qualifizieren ist.

**3.2.2** Nach Art. 4 Abs. 1 KG gelten als Wettbewerbsabreden 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). Gefordert wird demnach ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken zwischen den Betroffenen. Dabei sind die rechtliche oder tatsächliche Form des Zusammenwirkens und die Durchsetzungsmöglichkeit unerheblich. Entscheidend ist einzig, dass zwei oder mehrere wirtschaftlich voneinander unabhängige Unternehmen kooperieren (siehe statt vieler THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in: Basler Kommentar zum Kartellgesetz, hiernach: BSK-KG, Basel 2010, Art. 4 Abs. 1 Rn. 79 ff.). Der zwischen der Beschwerdeführerin und Gebro bis zum 1. September 2006 bestehende, schriftliche Vertrag erfüllt diesen Tatbestand zweifelsohne.

**3.2.3** Gemäss Art. 4 Abs. 1 KG muss die Wettbewerbsabrede zudem eine Beschränkung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken. Eine Wettbewerbsbeschränkung liegt vor, wenn Unternehmen aufgrund einer Abrede im Innen- oder Aussenwettbewerb hinsichtlich eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter (wie den Preis oder die Lieferbedingungen) in ihrer Handlungsfreiheit eingeschränkt werden (BGE 129 II 18 "Sammelrevers" E. 5.1 m.w.H.). Um vom Anwendungsbereich der Norm erfasst zu werden genügt nach dem Wortlaut des Gesetzes bereits das Bezwecken einer Wettbewerbsbeschränkung, die Abrede muss noch keine Wirkung gezeitigt haben. Dabei ist die subjektive Ansicht der an der Abrede Beteiligten unerheblich; eine Abrede muss nach Art. 4 Abs. 1 KG objektiv geeignet sein, eine Wettbewerbsbeschränkung herbeizuführen (vgl. NYDEGGER/NADIG, in: BSK-KG, Art. 4 Abs. 1 Rn. 50 und 69 ff.; ROLAND KÖCHLI/PHILIPPE M. REICH, in: Baker & McKenzie, Stämpflis Handkommentar zum KG, Bern 2007, hiernach Baker-Kommentar KG, Art. 4 Rn. 24).

**3.2.4** Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages vom 1. Februar 1982 sah vor, dass einerseits der Beschwerdeführerin die Ausfuhr von Elmex rot nach Österreich sowie der direkte und indirekte Vertrieb von Elmex rot in Österreich untersagt waren. Andererseits wurde festgelegt, dass Gebro Elmex rot ausschliesslich in Österreich herstellen und vertreiben und weder direkte noch indirekte Exporte in andere Länder tätigen durfte. Der Lizenzvertrag vom 1. Februar 1982 statuierte demnach für beide Vertragsparteien eine Einschränkung ihrer Freiheit, Elmex rot herzustellen bzw. zu vertreiben. Ob diese Klausel eingehalten wurde oder nicht, ist für die Anwendung des Kartellgesetzes auf den vorliegenden Sachverhalt nicht erheblich. Es genügt bereits, wie hiervor ausgeführt, dass eine Beschränkung des Wettbewerbs bezweckt wurde. Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages vom 1. Februar 1982 fällt demnach in den sachlichen Anwendungsbereich des Kartellgesetzes.

### **iii. ÖRTLICHER ANWENDUNGSBEREICH**

#### **3.3**

**3.3.1** Örtlich ist das Kartellgesetz auf alle Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland veranlasst werden (sog. Auswirkungsprinzip; Art. 2 Abs. 2 KG). Die Beschwerdeführerin rügt in ihrer Beschwerde vom 25. Januar 2010 die Verletzung von Bundesrecht sowie die Unangemessenheit der angefochtenen Verfügung, da gemäss dem Auswirkungsprinzip das Kartellgesetz nur auf Sachverhalte anwendbar sei, welche sich in der Schweiz auswirkten. Es werde eine unmittelbare Auswirkung vorausgesetzt, was auch Spürbarkeit im Sinne einer möglichen Wahrnehmung der Beschränkung verlange. Der zwischen der Beschwerdeführerin und Gebro bis zum 1. September 2006 bestehende Lizenzvertrag habe Letzterer das Recht für die Herstellung und den Vertrieb der lizenzierten Produkte in Österreich gewährt und regle somit ausschliesslich den österreichischen Markt. Es sei aktenkundig, dass Gebro nie Anfragen von Schweizer Unternehmen bezüglich Lieferungen von Elmex rot in die Schweiz erhalten habe. Insbesondere habe die Anzeigerin nie versucht, Elmex rot zu importieren. Schliesslich halte die Vorinstanz selber fest, dass von den Schweizer Detailhändlern nur Spar Schweiz und die Anzeigerin ein Interesse an Importen gehabt haben könnten. So habe die Befragung der Schweizer Detailhändler ergeben, dass in der Periode 2004 bis 2006 kein Händler versucht habe, Elmex rot in die Schweiz zu importieren. Aus diesen Gründen sei klar, dass der Lizenzvertrag nie unmittelbare oder spürbare Auswirkungen in der Schweiz gehabt habe, weswegen das Schweizer Kartellrecht nicht anwendbar und die Wettbewerbskommission nicht zuständig sei. In ihrer Replik vom 23. August 2010 hält die Beschwerdeführerin an ihren Ausführungen fest. Ergänzend fügt sie an,

die generellen Preissenkungen von Coop im Jahre 2009 hätten nichts mit den Jahren 2004 bis 2006 zu tun. Auch habe sich die Marktstruktur im Detailhandel seither signifikant verändert, weshalb keine sinnvollen Rückschlüsse möglich seien.

**3.3.2** Die Vorinstanz führt in der Vernehmlassung vom 19. April 2010 aus, der in Frage stehende Lizenzvertrag habe sehr wohl Auswirkungen in der Schweiz gezeitigt. Ein Vertrag, der passive Verkäufe in gewisse Länder untersage, habe insofern Auswirkungen auf diese Länder, als passive Anfragen aus diesen Ländern nicht bedient werden könnten und der Wettbewerb durch Parallelimporte nicht intensiviert werden könne. Feststellbare Auswirkungen könnten sich in einer Beeinträchtigung des Wettbewerbs, beispielsweise durch ein höheres Preisniveau, zeigen. Seit der Belieferung der Anzeigerin mit Elmex rot im März 2009 habe der Intra-brand-Wettbewerb um Elmex rot deutlich zugenommen. Der Detailhändler Coop habe im Anschluss an die Belieferung der Anzeigerin den Preis für Elmex rot um rund 10% gesenkt. Im Februar 2010 habe die Anzeigerin den Preis von Elmex rot erneut um rund 15% reduziert, was gemäss ihren Angaben nur aufgrund von Parallelimporten möglich gewesen sei. In der Folge habe Coop den Preis für Elmex rot ebenfalls auf denjenigen der Anzeigerin gesenkt. Diese Reaktionen zeigten, dass nachhaltige Parallelimporte im untersuchungsrelevanten Zeitraum in der Schweiz preissenkende Wirkungen gehabt hätten, wenn es sie gegeben hätte. Seit im Schweizer Markt bekannt sei, dass Parallelimporte über Gebro möglich seien, hätten im Übrigen etliche Schweizer Detailhändler bei Gebro Lieferanfragen getätigt, und dies in einem Umfang, dass die Mengen laut Angaben von Gebro nicht für alle Gesuche hätten bereitgestellt werden können. Solche Parallelimporte, die im untersuchungsrelevanten Zeitraum aufgrund des absoluten Gebietschutzes nicht möglich gewesen seien, dürften den Intra-brand-Preiswettbewerb in der Schweiz zusätzlich erhöhen. In ihrer Duplik vom 24. Januar 2011 hält die Vorinstanz an diesen Ausführungen fest. Ergänzend führt sie aus, aus den Beilagen 1 und 2 zur Replik von Gebro im Verfahren B-463/2010 gehe hervor, dass die Beschwerdeführerin [...]. Daraus sei zudem ersichtlich, dass Spar Schweiz Produkte der Beschwerdeführerin zu attraktiven Konditionen vermutlich bei [...] beziehen könne. Hieraus lasse sich indes nicht schliessen, dass Spar kein ernsthaftes Interesse an Parallelimporten hätte. Auch die Tatsache, dass die Anzeigerin im Zeitpunkt der Duplik noch keinen Liefervertrag mit Gebro geschlossen hatte, lasse nicht auf ein mangelndes Interesse Ersterer schliessen. [...] Ausserdem stehe nicht fest, dass Schweizer Detailhändler in Zukunft die Produkte der Be-



schwerdeführerin nicht direkt bei Gebro beziehen würden. Im Gegenteil er-scheine es wahrscheinlicher, dass die Konkurrenten der Anzeigerin infolge des intensiveren Intra-brand-Wettbewerbs um Elmex rot seit deren Belieferung vermehrt Interesse an Parallelimporten zeigen würden, um attraktive Einstandspreise zu erhalten.

**3.3.3** Zum Vorbringen der Beschwerdeführerin, der Lizenzvertrag vom 1. Februar 1982 regle nur den österreichischen Markt und das Schweizer KG sei deshalb vorliegend nicht anwendbar, ist auf den zweiten Satz von Ziff. 3.2 zu verweisen. Die Bestimmung lautet: "GEBRO verpflichtet sich ihrerseits die Vertragsprodukte ausschliesslich in dem ihr vertraglich zustehenden Gebiet herzustellen und zu vertreiben und weder direkt noch indirekt Exporte in andere Länder vorzunehmen." Zwar trifft es zu, dass diese Klausel dem Wortlaut nach die Herstellung von Elmex rot in Österreich sowie den Vertrieb in Österreich regelt, und nicht die Schweiz als Gebiet zuweist bzw. Verkäufe in die Schweiz verbietet. Ebenfalls zutreffend ist, dass gemäss Art. 5 Abs. 4 KG eine Wettbewerbsbeseitigung vermutet wird bei der Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe "in diese" Gebiete ausgeschlossen werden. Wie aber die Vorinstanz zu Recht ausführt, ist die Schweiz von einer solchen Regelung insofern betroffen, als gestützt darauf Lieferungen aus Österreich in die Schweiz verhindert werden können. Aus dem Umstand, dass Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages das Gebiet Schweiz nicht ausdrücklich nennt, kann nicht gefolgert werden, dass sich die Vorschrift nicht auf den Schweizer Markt bezieht. Indem sowohl der direkte als auch der indirekte Export *aus* Österreich verboten wird, wird auch der direkte und indirekte Import *in* die Schweiz von Elmex rot untersagt. Damit haben, wie die Vorinstanz treffend festhält, jedenfalls nach dem Wortlaut von Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages passive Anfragen aus der Schweiz nicht bedient werden können. Das Vorbringen der Beschwerdeführerin ist somit zurückzuweisen.

**3.3.4** Die Beschwerdeführerin macht darüber hinaus geltend, der Lizenzvertrag vom 1. Februar 1982 habe sich nicht spürbar auf den Schweizer Markt ausgewirkt. Da aber gemäss Art. 2 Abs. 2 KG eine unmittelbare und spürbare Auswirkung auf den Schweizer Markt Voraussetzung für die Anwendung des Kartellrechts sei, finde dieses in casu keine Anwendung und sei die Vorinstanz nicht zuständig. Die Vorinstanz nimmt hingegen an, der Lizenzvertrag habe sich in mehrfacher Hinsicht in der Schweiz ausgewirkt (vgl. oben. E. 3.3 f.).

**3.3.5** Dem Bundesverwaltungsgericht stellt sich folglich einleitend die Frage, ob Art. 2 Abs. 2 KG für die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes auf Sachverhalte mit internationalem Bezug eine bestimmte Art der Auswirkung auf den Schweizer Markt verlangt und wie intensiv diese Auswirkung sein muss. Das ist durch Auslegung der Norm zu ermitteln. Nach der Rechtsprechung muss das Gesetz in erster Linie aus sich selbst heraus, das heisst nach Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zugrunde liegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode ausgelegt werden. Die Gesetzesauslegung muss vom Gedanken geleitet werden, dass nicht schon der Wortlaut die Norm darstellt, sondern erst das an Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz. Gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis der ratio legis. Dabei folgen das Bundesgericht und das Bundesverwaltungsgericht einem pragmatischen Methodenpluralismus und lehnen es namentlich ab, die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Prioritätsordnung zu unterstellen. Die Gesetzesmaterialien können beigezogen werden, wenn sie auf die streitige Frage eine klare Antwort geben (vgl. BGE 135 V 50 E. 5.1; BGE 132 III 707 E. 2; BVGE 2010/48 E. 3).

**3.3.6** Aus dem Wortlaut von Art. 2 Abs. 2 ergibt sich lediglich, dass das Kartellgesetz auf Sachverhalte anwendbar ist, welche Auswirkungen in der Schweiz haben. Dies gilt selbst dann, wenn die Sachverhalte im Ausland veranlasst worden sind. Die Bestimmung schreibt für die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes keine besondere Art oder Intensität der Auswirkung vor. Auch aus der systematischen Stellung der Norm in den allgemeinen Bestimmungen des Gesetzes lässt sich für die Frage der Art der Auswirkung nichts ableiten.

**3.3.7** Die Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994 (BBI 1995 I 468; nachfolgend: Botschaft KG 95) stellt fest, es werde "[i]n Anlehnung an die herrschende internationale und auch schweizerische Praxis [...] zur Begründung des örtlichen Geltungsbereichs auf das Auswirkungsprinzip verwiesen" (BBI 1995 I 535). Ein nationales Gesetz dürfe sich auf extraterritoriale Sachverhalte beziehen, "wenn eine eindeutige Binnenbeziehung dieser Sachverhalte zum inländischen Recht besteht" (BBI 1995 I 535). Der Geltungsbereich des Kartellgesetzes wurde bewusst weit umschrieben. Sämtliche Formen unternehmerischer Tätigkeit werden vom Gesetz erfasst, sofern sich daraus eine Beschränkung des Wettbewerbs ergeben

kann. Nach der Botschaft KG 95 sagt die Unterstellung unter den Geltungsbereich des Kartellgesetzes noch nichts aus über die wettbewerbsrechtliche Würdigung des unternehmerischen Verhaltens, bedeutet keinerlei Werturteil. Zur Anwendung der materiellen Bestimmungen müssen die erwähnten Wettbewerbsabreden in ihrer Wirkung auf den Wettbewerb untersucht werden (BBl 1995 I 553). Für die Beurteilung der Auswirkung einer Abrede auf den Wettbewerb muss zunächst der relevante Markt bestimmt werden (BBl 1995 I 554). Die Würdigung erfolgt erst bei der Anwendung der Art. 5 ff. KG. Ziel dieser weiten Umschreibung des Geltungsbereiches ist die rechtsgleiche Beurteilung von Wettbewerbsbeschränkungen für die gesamte Wirtschaft nach einem einheitlichen Prüfungsrahmen. Allein die materiellen Bestimmungen des Kartellgesetzes sollen für die Beurteilung der Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit unternehmerischen Verhaltens massgebend sein (BBl 1995 I 533). Das Kriterium der Erheblichkeit wird denn auch erst im Zusammenhang mit den materiellen Bestimmungen behandelt (siehe BBl 1995 I 554).

**3.3.8** Das in Art. 2 Abs. 2 KG statuierte Auswirkungsprinzip wurde vom Bundesgericht bereits im Jahre 1967 im Entscheid BGE 93 II 192 unter dem Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Organisationen vom 20. Dezember 1962 (AS 1964 53; hiernach KG 62) anerkannt. In Auslegung des Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG 62, welcher für Klagen aus Wettbewerbsbehinderung als Gerichtsstand den Begehungsort vorsah, wenn der Beklagte in der Schweiz keinen Wohnsitz hatte, stellte das Bundesgericht fest: "L'art. 7 al. 2 litt. b permet [...] d'assigner en Suisse des organisations étrangères dont les accords de cartel produisent en Suisse des résultats illicites selon l'art. 4 L.Cart., quel que soit le lieu où ces accords ont été conclus. Cela est conforme à son but qui est de protéger la libre concurrence, jugée conforme à l'intérêt général. Cette disposition doit dès lors réprimer les entraves à la concurrence d'où qu'elles viennent, dès qu'elles ont un effet direct sur le jeu de la concurrence à l'intérieur du territoire suisse" (BGE 93 II 192 "Librairie Hachette" E. 3). Diese Rechtsprechung wurde in einem Fusionskontrollfall betreffend die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens durch eine französische und eine amerikanische Unternehmung, die nach dem KG 95 zu prüfen war, bestätigt. Die Parteien wollten die Anwendbarkeit des Gesetzes an eine qualifizierte Auswirkung der Fusion auf den schweizerischen Markt knüpfen. Das Bundesgericht stellte hingegen fest: "Il ne s'agit cependant que des effets sur le marché suisse prévisibles d'emblée, afin de réserver à l'autorité compétente la possibilité de procéder ensuite à un examen plus approfondi [...]. Il s'ensuit que l'obligation d'an-

noncer les opérations de concentration selon le droit suisse peut déjà résulter des effets potentiels que lesdites opérations sont susceptibles de produire sur le marché suisse, même si les entreprises concernées ne sont pas physiquement présentes en Suisse [...] (BGE 127 III 219 "Rhône-Poulenc" insb. E. 3a).

**3.3.9** Ein Teil der schweizerischen Literatur vertritt die Ansicht, dass eine Auswirkung auf den Schweizer Markt unmittelbar und wesentlich (also spürbar) sein müsse, damit das Kartellgesetz örtlich zur Anwendung gelange. So sieht beispielsweise ZÄCH aufgrund des Wortlautes von Art. 2 Abs. 2 KG die Zuständigkeit der WEKO nur als gegeben an, wenn sich die Wettbewerbsbeschränkung unmittelbar auf den schweizerischen Märkten auswirkt, was auch eine gewisse Spürbarkeit im Sinne einer Möglichkeit der Wahrnehmung der Beschränkung verlange (ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., Bern 2005, Rn. 268). BORER zufolge soll mit dem Kriterium der Wesentlichkeit verhindert werden, dass von den materiellen Tatbestandsmerkmalen her eigentlich erfasste, bloss mögliche Wirkungen durch Wettbewerbsabreden zum Anlass für die Einleitung eines nationalen Kartellverfahrens genommen werden, auch wenn im Inland keine Wirkungen tatsächlich spürbar sind (JÜRIG BORER, Wettbewerbsrecht I, Kommentar zum Kartellgesetz, Zürich 2011, Art. 2 Rn. 21). Andere Autoren fordern eine unmittelbare Wirkung auf den schweizerischen Markt, wobei allfällige Weiterwirkungen auf nachgelagerte Märkte oder Rückwirkungen ausser Betracht bleiben müssten (vgl. insbesondere ROLF BÄR, Das Auswirkungsprinzip im schweizerischen und europäischen Wettbewerbsrecht, in: Roland von Büren/Thomas Cottier, Die neue schweizerische Wettbewerbsordnung im internationalen Umfeld, Bern 1997, S. 92; BERNHARD RUBIN/MATTHIAS COURVOISIER, in: Baker-Kommentar KG, Art. 2 Rn. 32). ZURKINDEN/TRÜEB wiederum wollen auf die Spürbarkeit der wettbewerbsschädlichen Auswirkungen abstellen (PHILIPP ZURKINDEN/HANS RUDOLF TRÜEB, Das neue Kartellgesetz, Handkommentar, Zürich/Basel/Genf 2004, Art. 2 Rn. 10). Es wird indessen auch die Auffassung vertreten, durch die Kriterien der Unmittelbarkeit und insbesondere der Spürbarkeit werde eine materielle Prüfung der Abrede vorweggenommen. Das Kartellgesetz komme zur Anwendung aufgrund einer Auswirkung auf den Schweizer Markt, ein Mindestmass an Intensität sei nicht verlangt. Die Intensität sei im Rahmen der materiellen Prüfung der Abrede zu untersuchen. Unwesentliche Auswirkungen würden denn auch nicht zu einer kartellrechtlichen Verantwortlichkeit führen. Weil im Zeitpunkt der Einleitung einer Untersuchung die Auswirkungen einer Wettbewerbsbeschränkung oft nicht abzuschätzen seien, müsse für die Einleitung eines Verfahrens die Möglichkeit

von (wesentlichen) Auswirkungen genügen. Bei Wettbewerbsabreden i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG reiche bereits das Bezwecken einer (wesentlichen) Auswirkung auf den Schweizer Markt (vgl. JENS LEHNE, in: BSK-KG, Art. 2 Rn. 53; MARIEL HOCH CLASSEN, Vertikale Wettbewerbsabreden im Kartellrecht, Zürich 2003, S. 209; VINCENT MARTENET/PIERRE-ALAIN KILLIAS, in: Vincent Martenet/Christian Bovet/Pierre Tercier/ [Hrsg.], Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Basel 2013, [hiernach Commentaire Romand], Art. 2 LCart Rn. 92; siehe auch BRUNO SCHMIDHAUSER, in: Eric Homburger/Bruno Schmidhauser/Franz Hoffet/Patrick Ducrey [Hrsg.], Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1996/1997, Art. 2 Rn. 40, nach dem das Kriterium der "Spürbarkeit" in der Umschreibung des sachlichen Geltungsbereichs enthalten ist). Nach SCHNYDER schliesslich schützt das Kartellrecht auf dem insbesondere räumlich relevanten Markt die Allgemeinheit und einzelne Betroffene vor Wettbewerbsbehinderungen. In kollisionsrechtlicher Hinsicht sei daher funktional eine Anknüpfung zu verwirklichen, welche diesem Schutzgedanken Rechnung trage. Aus funktionalen Gründen könne es sich das Wettbewerbsrecht nicht leisten, nur wegen der Lokalisierung einzelner, ebenfalls relevanter Anknüpfungspunkte ausserhalb des betroffenen Marktes auf seine Durchsetzung zu verzichten (ANTON K. SCHNYDER, in: Günter Hirsch/Frank Montag/Franz Jürgen Säcker [Hrsg.], Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht), Band 1: Europäisches Wettbewerbsrecht, München 2007 [hiernach Münchener Kommentar EuWettbR], Einleitung: Sachlicher, zeitlicher und räumlicher Geltungsbereich des Wettbewerbsrechts. Extraterritoriale Anwendung, Rn. 848 ff.). Ferner könne bei der Handhabung des Auswirkungsprinzips nicht auf abstrakte Kriterien wie Spürbarkeit, Unmittelbarkeit oder Vorhersehbarkeit abgestellt werden, sondern es bedürfe einer Rückkoppelung auf Sachnormen und deren Anwendungskriterien, wie Bestimmung des relevanten Marktes, beherrschende Stellung usw. Marktauswirkungen seien dort zu bejahen, wo durch die Verwirklichung eines Sachnormtatbestandes der Anwendungsanspruch einer Rechtsordnung ausgelöst werde (SCHNYDER, in: Münchener Kommentar EuWettbR, Rn. 927 ff.). Insbesondere die immer wieder genannten Voraussetzungen "Spürbarkeit" (i.S.v. Erheblichkeit), "Unmittelbarkeit", "Tatsächlichkeit" und "Vorhersehbarkeit" seien zu abstrakt bzw. zu einschränkend (vgl. SCHNYDER, in: Münchener Kommentar EuWettbR, Rn. 929 ff.).

**3.3.10** Das Auswirkungsprinzip hat seine völkerrechtliche Grundlage im *Lotus*-Entscheid des Ständigen Internationalen Gerichtshofes (S.S. *Lotus* [France v. Turkey], 1927 P.C.I.J. [ser. A] No. 10 [Sept. 7], para. 60 ff. und 86). Demnach sind Handlungen von Personen, die sich zum Tatzeitpunkt

auf dem Territorium eines anderen Staates aufhalten, nichtdestotrotz als Handlungen anzusehen, welche innerhalb eines Staatsgebietes begangen wurden, wenn ein wesentliches Tatbestandsmerkmal, insbesondere die Auswirkungen der Tat, sich im Inland realisiert hat (S.S. Lotus [France v. Turkey], 1927 P.C.I.J. [ser. A] No. 10 [Sept. 7], para. 60).

**3.3.11** Im Kartellrecht wurde das Auswirkungsprinzip entscheidend durch das U.S.-amerikanische Recht, und vor allem die amerikanischen Gerichte, geprägt (für eine Übersicht über die Entwicklung des Auswirkungsprinzips im U.S.-amerikanischen Recht vgl. CARL BAUDENBACHER, *Swiss Economic Law Facing the Challenges of International and European Law*, Zeitschrift für Schweizerisches Recht ZSR, 146. Jahrgang 2012, S. 590 ff.; DIETMAR BAETGE, *Globalisierung des Wettbewerbsrechts, Eine internationale Wettbewerbsordnung zwischen Kartell- und Welthandelsrecht*, Tübingen 2009, S. 262 ff.). Der *Sherman Act* (15 U.S.C. §§ 1-7) sah von Beginn an in *Section 1* die Möglichkeit vor, das Kartellverbot auch dann anzuwenden, wenn der Handelsverkehr mit anderen Staaten betroffen war. Davon machte die Rechtsprechung erstmals 1945 im sog. *Alcoa-Fall* Gebrauch (*United States v. Aluminium Co. of America et al.*, Circuit Court of Appeals, Second Circuit, No. 144, March 12, 1945, 148 F.2d 416). Allerdings sollten ausländische Abreden nur dann erfasst werden, "if they were intended to affect imports and did affect them" (S. 444). Dieser Ansatz wurde vom Obersten Gerichtshof der U.S.A. in *Hartford Fire Ins. v. California* bestätigt (509 U.S. 764, 1993). Der sog. "effects-test" wurde 1982 durch den *Foreign Trade Antitrust Improvements Act* (FTAIA; Pub. L. No. 97-290, 96 Stat. 1246 [1982]) förmlich in den *Sherman Act* aufgenommen. Das U.S.-Kartellrecht ist damit auf Verhalten anwendbar, welches direkte, erhebliche und hinreichend vorhersehbare Auswirkungen auf den Binnen- bzw. indirekten Importhandel oder auf den Exporthandel eines U.S.-Exporteurs hat (vgl. *Section 7 Sherman Act*). Die neueste amerikanische Rechtsprechung liegt auf der von SCHNYDER vertretenen Linie. Nach dem Urteil des Bundesberufungsgerichts des Siebten Bezirkes der U.S.A. in *Minn-Chem Inc. V. Agrium Inc.* vom 27. Juni 2012 (No. 10-1712), das auf eine Privatklage hin erging, sind die Begriffe "direct", "substantial" und "foreseeable" keine Zuständigkeitsregeln, d.h. Regeln, welche die Zuständigkeit begrenzen, sondern Vorschriften betreffend die Begründetheit.

**3.3.12** Das Kartellrecht der früheren EWG und heutigen EU, auf welches sich das KG in grossen Teilen stützt (BBI 1995 I 494 ff. sowie 528 ff.), findet seit 1964 Anwendung auf Unternehmen ausserhalb des Gemeinsamen

Marktes (für eine Übersicht über die extraterritoriale Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts vgl. SCHNYDER, in: Münchener Kommentar EuWettbR, Rn. 855 ff.). Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat sich bisher nicht ausdrücklich zum Auswirkungsprinzip bekannt, sondern das europäische Kartellrecht zunächst über die Theorie der wirtschaftlichen Einheit (EuGH, R. 48/69, *Imperial Chemical Industries*, Slg. 1972, 619, Rn. 132/135 f.; EuGH, verb. Rs. 6 und 7/73, *Commercial Solvents*, Slg. 1974, 223, Rn. 36 ff.) und danach über das Durchführungsprinzip (EuGH, Rs. 89/85, *Zellstoff*, Slg. 1988, 5193) auf Drittstaatsunternehmen angewendet. Das Gericht der Europäischen Union (EuG) anerkannte in *Gencor* indirekt das Auswirkungsprinzip als es prüfte, ob der in Frage stehende Zusammenschluss zweier Südafrikanischer Gesellschaften in der Gemeinschaft eine unmittelbare, wesentliche und vorhersehbare Wirkung haben würde (EuG, Rs. T-102/96, *Gencor*, Slg. 1997, II-879). Diese Begriffe legte es wie folgt aus: die unmittelbare Wirkung bestand darin, dass der Zusammenschluss Bedingungen schaffte, welche missbräuchliche Verhaltensweisen möglich machten und auch wirtschaftlich vernünftig erschienen liessen. Die Erheblichkeit der Wirkung wurde bejaht, weil sich durch das entstehende Duopol die Anteile auf den relevanten Märkten erheblich ändern würden. Schliesslich sei es vorhersehbar, dass die Schaffung eines beherrschenden Duopols auf einem Weltmarkt auch zu einer erheblichen Wettbewerbsbehinderung in der Gemeinschaft geführt hätte (EuG, Rs. T-102/96, *Gencor*, Slg. 1997, II-879, Rn. 94, 97 f. und 100). Zwar haben sich EuGH und EuG nie ausdrücklich zum Auswirkungsprinzip bekannt. Aufgrund der von den beiden Gerichten gebilligten Praxis der Europäischen Kommission ist allerdings anzunehmen, dass es grundsätzlich in der EU Anwendung findet, auch wenn nicht restlos geklärt ist, wie und in welchem Umfang (vgl. RICHARD WISH/DAVID BAILEY, *Competition Law*, Seventh Edition, Oxford University Press 2012, S. 495 ff., insbesondere S. 496).

**3.3.13** Zusammenfassend lässt sich sagen, dass in den Rechtsordnungen der EU und der USA ein gewisses Mindestmass an Intensität für die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf Sachverhalte mit internationalem Bezug verlangt wird. Unklar bleibt die Definition der Begriffe "Spürbarkeit", "Unmittelbarkeit", "Tatsächlichkeit" und "Vorhersehbarkeit" und deren Anwendung in der Praxis.

### **3.3.14**

**3.3.14.1** Das Schweizer Kartellgesetz bezweckt gemäss Art. 1 die Verhinderung volkswirtschaftlich oder sozial schädlicher Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen und damit die Förderung

des Wettbewerbs im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung. Der dort verwendete Begriff der "Auswirkung" ist mit dem in Art. 2 Abs. 2 KG gebrauchten nicht deckungsgleich. Art. 2 Abs. 2 KG ist aber im Lichte des Art. 1 KG zu lesen. Erstere Norm dient u.a. dazu, Letztere zu verwirklichen. Das Kartellgesetz soll den Wettbewerb auf dem Schweizer Markt vor Störungen schützen, damit ein freier und nach marktwirtschaftlichen Grundsätzen funktionierender Wettbewerb ermöglicht wird. Das Auswirkungsprinzip soll dabei der Anwendung des Kartellgesetzes ausdrücklich auch in Fällen zum Durchbruch verhelfen, in denen der Wettbewerbsverstoss im Ausland begangen wurde. Insofern ist die schweizerische Regelung deutlich klarer als Art. 101 AEUV, wo das Auswirkungsprinzip erst durch die Praxis der Kommission und der Gerichte anerkannt wurde. Wie oben aufgezeigt, ist für die Beantwortung der Frage der Natur einer Auswirkung ein Abstellen auf die abstrakten Begriffe "Spürbarkeit", "Unmittelbarkeit", "Tatsächlichkeit" und "Vorhersehbarkeit" mit erheblichen Unsicherheiten für die Rechtsunterworfenen verbunden. Zielführender ist es, wie SCHNYDER zum EU und US-Amerikanischen Recht ausführt, Marktauswirkungen dort zu bejahen, "wo durch Verwirklichung eines Sachnormtatbestandes der Anwendungsanspruch einer Rechtsordnung ausgelöst wird" (vgl. SCHNYDER, in: Münchener Kommentar EuWettbR, Rn. 927). Der in diesem Sinne weit gefasste örtliche Anwendungsbereich wird auch ausdrücklich einleitend zu Art. 2 KG in der Botschaft KG 95 postuliert (s. oben E. 3.3.7). Erst im Rahmen der materiellen Bestimmungen ist eine vertiefte Prüfung der Wirkung einer Wettbewerbsbeschränkung durchzuführen. Wie die Botschaft KG 95 festhält, ist mit der Unterstellung von Vertikalabreden unter das Gesetz nämlich noch nichts über die materielle Beurteilung solcher Praktiken im Einzelfall ausgesagt. Gerade bei den Vertikalabreden gibt es zahlreiche Spielarten, mit denen die Unternehmen im Sinne einer wirtschaftlich effizienten Ausgestaltung ihrer Marktbeziehungen legitime Strategien verfolgen (BBI 1995 I 546). Im Übrigen ist nur mit einer weiten Fassung des örtlichen Anwendungsbereichs gewährleistet, dass das KG nicht seiner Wirksamkeit beraubt wird. Denn es sind Fälle denkbar, in denen Unternehmen mit Sitz ausserhalb eines Staatsgebietes einen Lieferverzicht in dieses Territorium vereinbaren. Dass Sachverhalte, in denen ein Unterlassen Gegenstand einer Kartellabrede ist, vom Kartellgesetz erfasst werden, liegt auf der Hand. Würde man in einer solchen Situation die Anwendung des Kartellgesetzes von positiven Auswirkungen im Inland abhängig machen, würde das Kartellgesetz zum toten Buchstaben verkommen. Unternehmen könnten dadurch nach Belieben Märkte national abschotten, was dem Ziel des Kartellgesetzes diametral entgegenstehen



würde (siehe Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7. November 2001 [hiernach: Botschaft KG 03], BBl 2002 2032). Ferner ist der Anwendungsbereich des Kartellgesetzes auch deswegen weit zu fassen, damit gewährleistet ist, dass das Sekretariat überhaupt mit der Prüfung beginnen kann, *ob* eine Abrede beschränkend wirkt. Eine sozusagen materielle Vorprüfung im Rahmen des Art. 2 Abs. 2 KG ist nicht Sinn und Zweck des Auswirkungsprinzips, ja wäre sogar unlogisch. Es kann nicht sein, dass das Sekretariat anhand des Kartellgesetzes prüft, ob es eine Auswirkung gibt, um festzustellen, ob das Kartellgesetz überhaupt anwendbar ist. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass der nach Art. 2 Abs. 2 KG breit zu fassende Anwendungsbereich des Kartellgesetzes in zweifacher Hinsicht eingeschränkt wird: Zum einen ist das Gesetz in sachlicher Hinsicht, wie oben (E. 3.2.1) ausgeführt, nur auf Kartell- und andere Wettbewerbsabreden, auf die Ausübung von Marktmacht sowie auf Unternehmenszusammenschlüsse anwendbar (Art. 4 Abs. 1 KG). Andererseits wird gerade im Rahmen der umfangreichen materiellen Prüfung untersucht, wie erheblich eine Abrede den Wettbewerb beeinträchtigt, oder ob sie sich allenfalls aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz sogar positiv auf den relevanten Markt auswirkt (vgl. Art. 5 Abs. 1 und Art. 6 KG). Selbst wenn eine Abrede vermutungsweise den Wettbewerb beseitigt, kann durch Nachweis genügenden Restwettbewerbs die Vermutung widerlegt werden. Hinzu kommen die verfahrensrechtlichen Garantien des Kartellgesetzes. Erst nachdem das Sekretariat gestützt auf eine Vorabklärung Anhaltspunkte für das Bestehen einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung ermittelt hat, wird eine formelle Untersuchung eingeleitet, und dies auch nur im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Vorinstanz (Art. 26 f. KG). All diese Vorschriften verhindern, dass gegen Unternehmen Sanktionen ausgesprochen werden für Wettbewerbsbeschränkungen, welche nur geringe oder keine Auswirkungen in der Schweiz zeitigen.

**3.3.14.2** Auch die weiteren Vorbringen der Beschwerdeführerin ändern nichts an der Anwendbarkeit des Kartellgesetzes auf den vorliegenden Fall. Erst im Rahmen eines allfälligen Umstossens der Vermutung nach Art. 5 Abs. 4 KG ist der Restwettbewerb und sind damit konkrete Parallelimporte zu prüfen, und nicht schon bei der Frage des Anwendungsbereiches des Gesetzes. Dasselbe trifft auf die Argumente zu, dass die generellen Preissenkungen von Coop im Jahre 2009 nichts mit den Jahren 2004 bis 2006 zu tun hätten und sich die Marktstruktur im Detailhandel seither signifikant verändert habe, weshalb keine sinnvollen Rückschlüsse möglich seien. Diese Behauptungen betreffen materielle Fragen, welche nicht unter dem Titel Anwendungsbereich des Gesetzes zu prüfen sind. Schliesslich

kann der Beschwerdeführerin nicht gefolgt werden, wenn sie einerseits geltend macht, das Schweizer Kartellgesetz sei mangels Auswirkungen in der Schweiz nicht anwendbar auf den vorliegenden Sachverhalt, und andererseits vorträgt, das europäische Recht komme "aufgrund des Auswirkungenprinzips grundsätzlich auf den Lizenzvertrag zur Anwendung". Der vorliegende Sachverhalt mit internationalem Bezug fällt folglich in den Anwendungsbereich des Schweizer Kartellgesetzes. Die Beschwerdeführerin dringt mit ihren diesbezüglichen Rügen der Unangemessenheit und der Verletzung von Bundesrecht nicht durch.

#### **iv. VORBEHALTENE VORSCHRIFTEN**

**3.4** Dem Kartellgesetz vorbehalten sind Vorschriften, soweit sie auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen, sowie solche, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 Bst. a und b KG). Nicht unter das Gesetz fallen zudem Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben. Hingegen unterliegen Einfuhrbeschränkungen, die sich auf Rechte des geistigen Eigentums stützen, der Beurteilung nach dem Kartellgesetz (Art. 3 Abs. 2 KG). Die im vorliegenden Fall in Frage stehenden Wettbewerbswirkungen ergeben sich nicht unmittelbar aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum, sondern aus dem Lizenzvertrag vom 1. Februar 1982. Dieser unterliegt deshalb, wie von der Vorinstanz festgestellt und der Beschwerdeführerin nicht bestritten, auch gemäss Art. 3 KG der Beurteilung nach dem Kartellgesetz.

## Formelle Rügen

In formeller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin eine Verletzung des rechtlichen Gehörs (E. 4), einen Verstoss gegen den Untersuchungsgrundsatz (E.5), die Verletzung der strafrechtlichen Unschuldsvermutung (E.6) sowie die Verletzung der Ausstandsregeln durch die Vorinstanz (E. 7). Auf die verschiedenen Vorbringen wird nachfolgend eingegangen.

### 4. RÜGE DER VERLETZUNG DES RECHTLICHEN GEHÖRS

#### 4.

Die Beschwerdeführerin macht in ihrer Beschwerde vom 25. Januar 2010 in formeller Hinsicht erstens eine mehrfache Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör geltend. Die Vorinstanz hält diese Vorbringen für unbegründet. Auf die Ausführungen der Verfahrensbeteiligten wird hiernach im Einzelnen eingegangen.

Der Anspruch auf rechtliches Gehör ergibt sich aus Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101) und verleiht den von einem zu treffenden Entscheid Betroffenen verschiedene Mitwirkungsrechte. Das rechtliche Gehör umfasst den Anspruch auf Orientierung, das Recht auf Akteneinsicht (Art. 26 ff. VwVG), auf vorgängige Stellungnahme und Anhörung (Art. 30 VwVG), auf Mitwirkung bei der Feststellung des Sachverhalts (Art. 12 ff. VwVG), sowie auf ernsthafte Prüfung der Vorbringen durch die Behörde und deren Berücksichtigung in der Entscheidfindung (Art. 32 VwVG; vgl. statt vieler BGE 135 II 286 E. 5.1, sowie Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2050/2007 vom 24. Februar 2010 "Swisscom" E. 6.1, beide m.w.H.; s. auch ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, Zürich/Basel/Genf 2013, S. 173 ff.). Um den Betroffenen eine Stellungnahme vor Erlass der Verfügung zu ermöglichen, muss ihnen die Verwaltungsbehörde den voraussichtlichen Inhalt der Verfügung, zumindest ihre wesentlichen Elemente, bekannt geben (vgl. ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010, Rn. 1681). Im Kartellverfahren wird der Anspruch auf rechtliches Gehör durch Art. 30 Abs. 2 KG insofern erweitert, als die Verfahrensbeteiligten schriftlich zum Antrag des Sekretariats Stellung nehmen können bevor die Wettbewerbskommission ihren Entscheid trifft (Urteil des Bundesgerichts 2A.492/2002 vom 17. Juni 2003 "Elektra Baselland" E. 3.4). Wie das Bundesgericht festgestellt hat, beschränkt sich der Gehörsanspruch auf rechtserhebliche Sachfragen. Zur rechtlichen Würdigung müssen die Parteien

bloss angehört werden, wenn sich die Behörde auf Rechtsnormen zu stützen gedenkt, mit deren Beizug die Parteien nicht rechnen mussten, sich die Rechtslage geändert hat oder ein besonders grosser Ermessensspielraum besteht (Urteil des Bundesgerichts 2A.492/2002 vom 17. Juni 2003 "Elektra Baselland" E. 3.2.3). Das Parteirecht des Gehörsanspruchs (Art. 29 VwVG) soll zusammen mit dem die Behörde verpflichtenden Untersuchungsgrundsatz (Art. 12 VwVG) sicherstellen, dass zur vollständigen Ermittlung des erheblichen Sachverhalts alle dafür notwendigen Beweise erhoben und zutreffend gewürdigt werden. Zudem soll gewährleistet werden, dass der Entscheid auf alle wesentlichen Elemente abgestützt und entsprechend nachvollziehbar begründet wird (vgl. Entscheid der REKO/WEF FB/2004-4 vom 4. Mai 2006 "20 Minuten" E. 4.1, veröffentlicht in: RPW 2006/2, S. 347 ff., bestätigt im Urteil des Bundesgerichts 2A.327/2006 vom 22. Februar 2007 "20 Minuten"). Die Begründung eines Entscheids darf sich auf diejenigen Aspekte beschränken, welche die Behörde willkürfrei als wesentlich betrachtet. Sie muss aber darlegen, weshalb sie vorgebrachte Parteistandpunkte für nicht erheblich, unrichtig oder allenfalls unzulässig hält (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2612/2011 vom 2. Juli 2013 E. 4.3.1; Entscheid der REKO/WEF FB/1999-7 vom 4. November 1999 "Cablecom-Headends" E. 4.3, veröffentlicht in: RPW 1999/4, S. 618 ff.; vgl. auch MICHELE ALBERTINI, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, Bern 2000, S. 369, 404).

#### **4.1**

**4.1.1** Die Beschwerdeführerin sieht ihren Anspruch auf rechtliches Gehör erstens dadurch als verletzt an, dass die angefochtene Verfügung in den Erwägungen und im Ergebnis grundlegend vom Verfügungsentwurf abweiche, ohne dass sie sich dazu habe äussern können. Zum einen habe das Dispositiv betreffend Rechtsgrundlage und Begründung eine erhebliche Änderung erfahren. Die Vorinstanz gehe nämlich neu davon aus, die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs könne zwar umgestossen werden, doch liege eine nicht zu rechtfertigende erhebliche Wettbewerbsbeschränkung nach Art. 5 Abs. 1 KG vor. Zum anderen sei die Verfügung bezüglich wesentlicher Sachverhaltselemente grundlegend verändert worden. Replicando trägt die Beschwerdeführerin vor, würde man der Ansicht der Vorinstanz folgen, müsste anwaltlich vertretenen Unternehmen das rechtliche Gehör quasi nie gewährt werden, da die Kaskadenprüfung von Art. 5 KG bekannt sei. Das rechtliche Gehör beziehe sich indes auf den Inhalt der behördlichen Prüfung.

**4.1.2** Die Vorinstanz ist demgegenüber der Auffassung, der Anspruch der Beschwerdeführerin auf rechtliches Gehör sei gewahrt, weil diese sich vor Erlass der Verfügung zu allen rechtserheblichen Punkten habe äussern können, und zwar nicht nur im Rahmen der Stellungnahme zum Verfügungsentwurf, sondern auch anlässlich der mündlichen Anhörung vom 8. Juni 2009, der Zeugeneinvernahme der Anzeigerin am 6. Juli 2009 sowie schriftlich zu den entsprechenden Protokollen. Zudem habe die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 7. Juli 2009 die Gelegenheit erhalten, schriftlich Stellung zu nehmen für den Fall, dass die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs widerlegt werden könnte. Insbesondere aufgrund der Tatsache, dass die Beschwerdeführerin durch auf Kartellrecht spezialisierte Rechtsanwälte vertreten werde, welche selbst davon ausgegangen seien, dass die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs widerlegbar sei, sei die Prüfung der Frage der Erheblichkeit der Wettbewerbsabrede aufgrund der Gesetzessystematik des KG weder unvorhersehbar noch überraschend gewesen. Weil keine wesentlichen Unterschiede zwischen den Stellungnahmen der Beschwerdeführerin zum Antrag des Sekretariats und den Vorbringen zur angefochtenen Verfügung bestünden, sei das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin nicht verletzt. Selbst wenn das Bundesverwaltungsgericht zum gegenteiligen Schluss käme, müsse vorliegend aufgrund der Kognition des Gerichtes der Mangel als geheilt angesehen werden. Mit Duplik vom 24. Januar 2011 ergänzt die Vorinstanz, sie habe nie behauptet, dem Gehörsanspruch sei genüge getan, wenn eine Partei Rechtsvertreter habe, welche Kenntnis vom gesetzlichen Prüfungsraster hätten. Indes habe es sich den Rechtsvertretern im vorliegenden Fall geradezu aufgedrängt, sich zur Frage der Erheblichkeit und zum Vorliegen allfälliger Rechtfertigungsgründe zu äussern, was sie denn auch in ihrer Stellungnahme zum Verfügungsentwurf getan hätten.

**4.1.3** Wie ausgeführt, besteht nebst dem im Verwaltungsverfahren allgemein geltenden Grundsatz der Wahrung des rechtlichen Gehörs im Kartellverfahren aufgrund von Art. 30. Abs. 2 KG ein erweiterter Gehörsanspruch (vgl. oben E. 4). Das Bundesverwaltungsgericht hat demnach in beider Hinsicht zu untersuchen, ob die Vorinstanz den Gehörsanspruch der Beschwerdeführerin gewahrt hat.

In casu erhielt die Beschwerdeführerin den Verfügungsantrag mit Schreiben vom 16. Dezember 2008. Sie nahm dazu am 25. März 2009 schriftlich Stellung. Am 8. Juni 2009 wurde die Beschwerdeführerin von der Vorinstanz mündlich angehört. Anlässlich der Anhörung reichte sie eine schriftliche Kopie ihrer Präsentation zu den Akten. Ferner nahm sie an der

Zeugeneinvernahme der Anzeigerin am 6. Juli 2009 teil und konnte sich schriftlich sowohl zum Protokoll der Anhörung als auch zum Protokoll der Einvernahme äussern. Mit Schreiben vom 7. Juli 2009 wurde die Beschwerdeführerin aufgefordert, schriftlich Stellung zu nehmen für den Fall, dass die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs widerlegt werden könne. Damit konnte sich die Beschwerdeführerin im Verlauf des vorinstanzlichen Verfahrens insgesamt sieben Mal äussern, sowohl schriftlich und mündlich zum Verfügungsentwurf, als auch schriftlich zu einer möglichen abweichenden rechtlichen Würdigung durch die Vorinstanz. Dadurch wurde ihr Anspruch auf Wahrung des rechtlichen Gehörs im Sinne von Art. 29 VwVG gewahrt. Darüber hinaus liegt auch keine Verletzung des erweiterten Gehörsanspruchs nach Art. 30 Abs. 2 KG vor. Wie das Bundesgericht festgestellt hat, verlangt der Anspruch auf rechtliches Gehör im Kartellverfahren nicht, dass eine Verfahrensbeteiligte die Gelegenheit erhalten muss, zu jedem möglichen Ergebnis Stellung zu nehmen, welches von der entscheidenden Behörde ins Auge gefasst wird. In diesem Sinne braucht die Behörde ihre Begründung nicht den Parteien vorweg zur Stellungnahme zu unterbreiten. Es genügt, dass sich die Parteien zu den Grundlagen des Entscheids, insbesondere zum Sachverhalt sowie zu den anwendbaren Rechtsnormen, vorweg äussern und ihre Standpunkte einbringen können (BGE 132 II 257 "Swisscom/TDC" E. 4.2). Dies war in casu der Fall. Die Beschwerdeführerin konnte zum Verfügungsantrag des Sekretariats und zu einer möglichen abweichenden rechtlichen Würdigung schriftlich Stellung nehmen, sowie sich anlässlich der Anhörung vom 8. Juni 2009 und der Zeugeneinvernahme der Anzeigerin am 6. Juli 2009 mündlich u.a. zur Frage der Erheblichkeit der Wettbewerbsbeschränkung äussern (vgl. u.a. Folien 9-12 der Präsentation der Beschwerdeführerin an der Anhörung vom 8. Juni 2009, act. 351; Protokoll der Anhörung vom 8. Juni 2009, act. 366; Protokoll der Einvernahme von Denner vom 6. Juli 2009, act. 370). Ausserdem erhielt die Beschwerdeführerin Gelegenheit, schriftlich zu den Protokollen der Zeugeneinvernahme Stellung zu nehmen. Das Abweichen der Vorinstanz vom Antragsentwurf stellt denn auch keine Verletzung des rechtlichen Gehörs dar, sondern kann (muss aber nicht) sogar die Folge desselben sein. Die WEKO ist an den Verfügungsentwurf des Sekretariats nicht gebunden (siehe Urteil des Bundesgerichts 2A.430/2006 vom 6. Februar 2007 "Sammelrevers" E. 7.1). Auch hinsichtlich der weiteren von der Beschwerdeführerin vorgetragenen Punkte ist eine Gehörsverletzung nicht ersichtlich. Entweder konnte sich die Beschwerdeführerin im Verlauf des Verfahrens zu diesen Fragen äussern (vgl. z.B. zum Strategiewechsel von Coop S. 10 des Protokolls der Anhörung vom 8. Juni 2009, act. 366; oder zu Parallelimporten Folien 7-12 der

Präsentation der Beschwerdeführerin anlässlich der Anhörung vom 8. Juni 2009, act. 351), oder sie moniert eine abweichende Sachverhaltswürdigung durch die Vorinstanz, was keine Verletzung des Gehörsanspruches darstellt. Jedenfalls macht die Beschwerdeführerin zu Recht nicht geltend, die Vorinstanz habe sich auf nachträglich eingetretene oder der Beschwerdeführerin unbekanntes Tatsachen gestützt. Auch kann nach dem Gesagten nicht behauptet werden, die Vorinstanz habe in der angefochtenen Verfügung neue, unvorhersehbare Rechtsgrundlagen herangezogen. Eine Gehörsverletzung liegt daher auch in diesem Punkt nicht vor.

**4.1.4** Die Beschwerdeführerin macht unter dem Titel der Gehörsverletzung weiter geltend, es sei fraglich, ob tatsächlich die Wettbewerbskommission selbst verfügt habe, da die Vorinstanz die Unterschriftenzeile der angefochtenen Verfügung nicht geändert habe. Zwar trifft es zu, dass die angefochtene Verfügung in der Unterschriftenzeile "Wettbewerbskommission Sekretariat" als verfügende Behörde nennt und insofern einen Fehler enthält. Indes handelt es sich hierbei offensichtlich um ein Redaktionsversehen, welches weder die Entscheidformel noch den erheblichen Inhalt der Begründung tangiert. Es muss der anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin auch klar gewesen sein, dass es trotz des Wortlautes der Unterschriftenzeile die Vorinstanz war, die in casu verfügt hat. Das folgt nicht zuletzt aus der Tatsache, dass deren damaliger Präsident die Verfügung unterzeichnet hat. Im Übrigen hätte die Beschwerdeführerin bei der Vorinstanz um Berichtigung der Unterschriftenzeile im Sinne von Art. 69 Abs. 3 VwVG nachsuchen können, was sie nicht getan hat. Jedenfalls wurde der Gehörsanspruch der Beschwerdeführerin nicht durch einen redaktionellen Fehler in der Unterschriftenzeile der angefochtenen Verfügung verletzt.

## **4.2**

Die Beschwerdeführerin rügt im Zusammenhang mit der Verletzung ihres Anspruches auf rechtliches Gehörs eine Verletzung ihres Akteneinsichtsrechts. Das Akteneinsichtsrecht im Kartellrecht richtet sich nach Art. 26 ff. VwVG, soweit das Kartellgesetz keine abweichende Regelung vorsieht (vgl. Art. 39 KG). Die Einsichtnahme hat am Sitz der verfügenden Behörde oder einer durch diese zu bezeichnenden kantonalen Behörde stattzufinden (Art. 26 Abs. 1 VwVG). Die verfügende Behörde ist demnach grundsätzlich nicht verpflichtet, den Parteien die Akten zuzustellen. Weil indes im Kartellrecht meist umfangreiche Untersuchungen durchgeführt werden, ist es den Parteien nicht zuzumuten, sich regelmässig über den Stand der Akten zu informieren. Die Vorinstanz bzw. ihr Sekretariat hat deswegen die Parteien regelmässig über den aktuellen Stand der Untersuchungsakten

zu orientieren und den Parteien Gelegenheit zu geben, zu beweis erheblichen Dokumenten betreffend rechtserhebliche Sachverhaltsfragen Stellung zu nehmen. Dies bedeutet einerseits, dass die Vorinstanz ein chronologisches, vollständiges und im Zeitpunkt der Entscheidung geschlossenes (paginiertes) Dossier zu erstellen hat. Andererseits ist mit Zustellung des Verfügungsentwurfes den Parteien ein vollständiges Verzeichnis der Untersuchungsakten zu übermitteln, in dem insbesondere festgehalten wird, ob diese einsehbar sind oder nicht (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7483/2010 vom 9. Juni 2011 "Ausstand Sekretariatsmitarbeiter" E. 5.5; Entscheid der REKO/WEF FB/1998-1 vom 12. November 1998 "Fachhändlerverträge" E. 3.2, insb. E.3.2.2, veröffentlicht in: RPW1998/4, S. 655 ff.). Das Recht auf Akteneinsicht ist wie das Recht auf vorgängige Anhörung formeller Natur. Seine Verletzung führt ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache selbst grundsätzlich zur Aufhebung der angefochtenen Verfügung. Vorbehalten bleiben Fälle, in denen die Verletzung des Akteneinsichtsrechts nicht besonders schwer wiegt und dadurch geheilt wird, dass die Partei, deren rechtliches Gehör verletzt wurde, sich vor einer Instanz äussern kann, welche sowohl die Tat- als auch die Rechtsfragen uneingeschränkt überprüft. Von einer Rückweisung der Sache zur Gewährung des rechtlichen Gehörs an die Verwaltung ist im Sinne einer Heilung des Mangels selbst bei einer schwer wiegenden Verletzung des rechtlichen Gehörs dann abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem (der Anhörung gleichgestellten) Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären. Dies ist vor allem dann der Fall, wenn die Vorinstanz mit erheblicher Wahrscheinlichkeit eine gleichlautende Verfügung erlassen würde (BGE 132 V 387 E. 5.1 m.w.H; Urteil des Bundesgerichts 9C\_419/2007 vom 11. März 2008 E. 2.2; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2050/2007 vom 24. Februar 2010 "Swisscom" E. 6.1). Durch eine Heilung dürfen schliesslich der Beschwerdeführerin keine unzumutbaren Nachteile erwachsen, was allenfalls bei der Kostenverteilung zu berücksichtigen ist (BGE 122 II 274 E. 6; vgl. auch KÖLZ/HÄNER/BERTSCH, a.a.O., S. 193 f.).

**4.2.1** Die Verletzung ihres Rechts auf Akteneinsicht sieht die Beschwerdeführerin darin, dass sie keine Stellung habe nehmen können zu Eingaben von und Gesprächen mit der Anzeigerin, welche nach Anhörung zum Verfügungsentwurf gemacht worden seien bzw. stattgefunden hätten, obwohl diese in die Entscheidungsfindung der Vorinstanz eingeflossen seien. Ausser-



dem habe die Vorinstanz ihr kein aktualisiertes Aktenverzeichnis zukommen lassen und ihr auch das Antwortschreiben der Vorinstanz auf eine Eingabe der Anzeigerin nicht zugestellt. Die Vorinstanz sei aufgrund einer Eingabe der Anzeigerin vom 30. September 2009 in der angefochtenen Verfügung neu zum Schluss gekommen, es bestehe ein beträchtlicher Preisunterschied zwischen der Schweiz und dem Ausland. Auch habe sich die Vorinstanz mit materiellen Fragen, zu denen sich die Anzeigerin geäußert habe, in der angefochtenen Verfügung nicht auseinandergesetzt, so zum Problem der selektiven Vertriebssysteme, zu Einkaufspreisen, zu den Auswirkungen von Parallelimporten und zur Belieferung von diversen Anbietern in Deutschland. Zur Wahrung des Gehörsanspruchs hätte die Beschwerdeführerin zu jeder Eingabe, welche Eingang in die Akten finde, angehört werden müssen. Es sei nicht allein an der Vorinstanz, darüber zu entscheiden, ob eine Eingabe entscheiderelevant sei. Da sich die Beschwerdeführerin zu den Eingaben der Anzeigerin nicht habe äussern können, sei ihr Gehörsanspruch sowie ihr Recht auf Akteneinsicht verletzt. Eine Heilung komme vorliegend nicht in Frage, da es sich um eine schwerwiegende Gehörsverletzung handle und sich das Bundesverwaltungsgericht "bei der Überprüfung trotz formal voller Kognition regelmässiger Zurückhaltung" auferlege. Überdies liege in casu ein Aktenführungsmangel vor, weil sich im Aktenverzeichnis keine Protokolle zu zwei Telefongesprächen zwischen der Vorinstanz und der Anzeigerin befänden.

**4.2.2** Die Vorinstanz hält einleitend fest, dass das Anhörungsrecht der Parteien bis zum Abschluss des Schriftenwechsels bzw. der verwaltungsbehördlichen Sachverhaltsabklärung gelte. Das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin sei gewahrt worden, da in casu die Sachverhaltsabklärung mit der Zeugeneinvernahme der Anzeigerin abgeschlossen gewesen sei und die Beschwerdeführerin sich bis zu diesem Zeitpunkt zu jedem ins Untersuchungsdossier aufgenommene Dokument habe äussern können. Zu den von der Beschwerdeführerin genannten Eingaben merkt die Vorinstanz an, dass diese nach Abschluss der Sachverhaltsermittlungen dem Sekretariat zugestellt worden seien. Aus Rn. 58 der angefochtenen Verfügung gehe ausserdem hervor, dass das Sekretariat die Eingaben nicht als entscheiderelevant angesehen habe, da sie keine Fakten oder sonstigen wichtigen Gesichtspunkte enthielten. Die Schreiben seien zu den Akten genommen worden um das widersprüchliche Verhalten der Anzeigerin zu dokumentieren. Diese habe zunächst starkes Interesse am Verfahren gezeigt, dann aber plötzlich eine Desinteresseerklärung abgegeben, nur um sich schliesslich wiederum für das Verfahren zu interessieren. Als nicht an der Untersuchung beteiligte Drittbetroffene i.S.v. Art. 43 Abs. 1 KG habe es

ihr zwar frei gestanden, der Vorinstanz jederzeit Informationen zukommen zu lassen. Da ihr Verhalten widersprüchlich gewesen sei und sie in casu wohl in erster Linie Partikularinteressen verfolgt habe, seien ihre Schreiben besonders kritisch gewürdigt worden. Die Aussagen der Anzeigerin seien nicht konstant sowie vom Umfang und materiellen Gehalt her wenig aussagekräftig gewesen. Ihre Behauptungen habe sie zudem nicht rechtsgenügend dokumentieren können. Aus den Eingaben hätten keine relevanten Erkenntnisse abgeleitet werden können, weswegen sie keinen Einfluss auf den Entscheidungsprozess gehabt hätten.

**4.2.3** In casu erhielt die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 4. September 2009 letztmals Akten sowie ein Aktenverzeichnis zugestellt. Am 30. November 2009 erliess die Vorinstanz die angefochtene Verfügung. Es stellt sich die Frage, ob die Eingaben der Anzeigerin vom 4. und 30. September 2009, vom 5. und 26. Oktober 2009 und vom 6. November 2009 sowie das Antwortschreiben der Vorinstanz auf eine Eingabe der Anzeigerin der Beschwerdeführerin zur Stellungnahme hätten zugestellt werden müssen. Das Bundesgericht hat im Jahr 2007 gestützt auf die ständige Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) zu Art. 6 Ziff. 1 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) entschieden, dass die zum Anwendungsbereich dieser Norm entwickelten Garantien in allen Verfahren Anwendung finden. Demnach haben die Parteien das Recht, von jedem Aktenstück und jeder dem Gericht eingereichten Stellungnahme Kenntnis zu nehmen und sich, soweit sie es für erforderlich halten, dazu zu äussern. Dabei ist unerheblich, ob die Eingabe neue Tatsachen oder Argumente enthält und ob sie das Gericht tatsächlich zu beeinflussen vermag. Es ist Sache der Parteien zu beurteilen, ob ein Dokument eine Stellungnahme erfordert (BGE 133 I 100 E. 4.3 und 4.6; siehe auch PATRICK SUTTER, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, hiernach: VwVG-Kommentar, Zürich/St. Gallen 2008, Art. 30 Rn. 2; BERNHARD WALDMANN/MAGNUS OESCHGER, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/Basel/Genf 2009, hiernach: Praxiskommentar VwVG, Art. 26 Rn. 58). Nach dem Gesagten hätte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin die besagten Aktenstücke vor Eröffnung der angefochtenen Verfügung zur Stellungnahme übermitteln müssen. Sie hat durch ihr Vorgehen das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin verletzt. Es stellt sich die Frage, ob in casu eine Heilung möglich ist.

**4.2.4** Mit Beschwerde kann vor Bundesverwaltungsgericht gerügt werden, die angefochtene Verfügung verletze Bundesrecht (einschliesslich der Überschreitung oder des Missbrauchs von Ermessen), beruhe auf einer unrichtigen oder unvollständigen Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts oder sei unangemessen (Art. 49 VwVG). Das Bundesverwaltungsgericht verfügt im vorliegenden Beschwerdeverfahren daher über die volle Kognition und somit über dieselbe Kognition wie die Vorinstanz. Grundsätzlich ist das Bundesverwaltungsgericht verpflichtet, seine Kognition in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht voll auszuschöpfen. Eine zu Unrecht vorgenommene Kognitionsbeschränkung stellt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs oder eine formelle Rechtsverweigerung dar. Das Gericht hat die rechtserheblichen Tatsachen selbst zu ermitteln und den festgestellten Sachverhalt unter die entsprechenden Rechtsvorschriften zu subsumieren. Auch die Rechtsfolge ist uneingeschränkt auf ihre Vereinbarkeit mit dem massgebenden Recht unter Einschluss des Verfassungsrechts und den Grundsätzen rechtsstaatlichen Handelns (vgl. Art. 5 BV) überprüfbar. Trotz voller Kognitionsbefugnis in Rechts- und Tatsachenfragen ist indessen nicht ausgeschlossen, dass das Bundesverwaltungsgericht in Bereichen des Sachverständigenermessens, vor allem in besonderen Rechtsbereichen, seine Kognition zurücknehmen kann. Ob die Kognitionsbeschränkung den Anforderungen von Art. 6 EMRK genügt, ist anhand des Verfahrensgegenstandes, der Art und Weise, in welcher der Verwaltungsentscheid unter Berücksichtigung der vor Verwaltungsbehörden zugestandenen Verfahrensgarantien zustande kam und des Streitgegenstandes zu prüfen. Massgebend ist der Einzelfall und ob sich das überprüfende Gericht Punkt für Punkt mit den Argumenten bzw. Rügen der Beschwerdeführer auseinandergesetzt hat. Insofern anerkennt der EGMR, dass die Rechtsprechung in den Mitgliederstaaten den Gerichten oftmals erlaubt, sich bei der Beurteilung von ausgesprochenen Fachfragen Zurückhaltung aufzuerlegen, was auch in verwaltungsrechtlichen Fällen gilt, welche in Bezug auf gewisse Sanktionen strafrechtsähnlich sind. Entscheidend ist, dass die Voraussetzungen von Art. 6 EMRK erfüllt werden (vgl. BGE 139 I 72 "Publigroupe" E. 4.5 m.w.H.). Zur Aussage der Beschwerdeführerin, eine Heilung komme deshalb nicht in Frage, weil sich das Bundesverwaltungsgericht "bei der Überprüfung trotz formal voller Kognition regelmässiger Zurückhaltung" auferlege, ist einerseits festzuhalten, dass das Erfordernis der nicht engeren Überprüfungsbefugnis nicht abstrakt gilt, sondern sich immer auf diejenigen Fragen bezieht, die sich im konkreten Fall stellen. In diesem Sinne kann eine Rechtsmittelinstanz einen Mangel ausnahmsweise selbst dann heilen, wenn die Kognition der Vorinstanz umfassender ist. Zum Beispiel kann eine Rechtsmittelinstanz, welche angefochtene Entscheide nur

auf ihre Rechtmässigkeit überprüfen kann, einen Verfahrensmangel heilen, wenn ausschliesslich Rechtsfragen im Streit liegen und die Behörde ihre Kognition in diesem Bereich voll ausübt (WALDMANN/OESCHGER, in: Praxis-kommentar VwVG, Art. 29 Rn. 119). Andererseits hat das Bundesgericht bestätigt, dass das Bundesverwaltungsgericht seine Kognition voll ausübt und sich nicht, wie die Beschwerdeführerin behauptet, regelmässig Zurückhaltung auferlegt (vgl. BGE 139 I 72 "Publigroupe" E. 4.6). Eine Heilung der geltend gemachten Gehörsverletzung ist demnach grundsätzlich möglich.

**4.2.5** Sodann ist festzuhalten, dass im Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht der Beschwerdeführerin Einsicht in alle Verfahrensakte gewährt und ein zweifacher Schriftenwechsel durchgeführt wurde. Eine weitere Gelegenheit zur Darlegen ihres Standpunktes nahm die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 13. März 2013 zur Einsicht in den "fil rouge" wahr. Zudem fand am 10. Oktober 2013 eine Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht statt, wo die Beschwerdeführerin die Gelegenheit erhielt, Fragen zur Verdeutlichung, Ergänzung oder Berichtigung des Sachverhaltes zu stellen und einen Parteivortrag zu halten. Auf den Parteivortrag der Vorinstanz anlässlich der Verhandlung vom 10. Oktober 2013 hat sie mit Eingabe vom 30. Oktober 2013 schriftlich repliziert. Damit konnte die Beschwerdeführerin sich sowohl mündlich als auch schriftlich umfassend äussern. Ferner ist davon auszugehen, dass die Vorinstanz bei einer Rückweisung und nochmaligen Anhörung der Beschwerdeführerin zu den besagten Aktenstücken nicht anders entscheiden würde. In der angefochtenen Verfügung werden diese nur im Rahmen der Verfahrensgeschichte genannt, eine explizite Bezugnahme auf die Akten in der materiellen Begründung findet sich nicht. Insbesondere das von der Beschwerdeführerin genannte Schreiben vom 30. September 2009 kann nicht als Beleg dafür herangezogen werden, dass die Vorinstanz in ihrer Verfügung in erheblicher Weise auf die Eingaben der Anzeigerin Bezug genommen hat. Denn einerseits stützt sich die Vorinstanz in Rn. 310 der angefochtenen Verfügung bei ihren Aussagen über das Preisgefälle zwischen der Schweiz und Österreich auf Angaben der Beschwerdeführerin selbst. Andererseits hätte eine Bezugnahme auf das Schreiben der Anzeigerin vom 30. September 2009 an dieser Stelle keinen Sinn gemacht, bezieht sich dieses doch auf das Preisgefälle Schweiz-Deutschland bzw. Schweiz-Niederlande, und nicht, wie die Vorinstanz in Rn. 310 der angefochtenen Verfügung, auf das Preisgefälle Schweiz-Österreich. Eine Rückweisung an die Vorinstanz käme nach dem Gesagten einem formalistischen Leerlauf gleich. Das Bundesverwaltungsgericht gelangt demnach zum Schluss, dass aus prozessökonomischen

Gründen die Verletzung des rechtlichen Gehörs im vorinstanzlichen Verfahren im Rahmen des vorliegenden Beschwerdeverfahrens als geheilt zu betrachten ist. Sie wird allenfalls bei der Kostenverlegung zu berücksichtigen sein (vgl. unten E. 16.2).

**4.2.6** Die Beschwerdeführerin rügt ferner, im Aktenverzeichnis der Vorinstanz würden Protokolle zu zwei Telefongesprächen mit der Anzeigerin fehlen. Aus act. 288 und 393 geht tatsächlich hervor, dass diese Telefonate stattgefunden haben, wobei sich im Aktenverzeichnis keine Protokolle zu den Gesprächen finden. Es stellt sich die Frage, ob die Vorinstanz dadurch ihrer Protokollierungspflicht unzureichend nachgekommen ist und dadurch das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin i.S.v. Art. 29 Abs. 2 BV verletzt hat. Gemäss ständiger Rechtsprechung unterliegt die Verwaltung einer Aktenführungspflicht. Die Behörden haben alles in den Akten festzuhalten was zur Sache gehört und entscheidungswesentlich sein kann. Damit Parteien ihr Recht auf Akteneinsicht wahren können, muss die Aktenführung geordnet und übersichtlich sein. Dieser verfassungsmässige Anspruch verpflichtet Behörden und Gerichte, die Vollständigkeit der im Verfahren eingebrachten und erstellten Akten sicherzustellen. Behörden sind verpflichtet, die Akten von Beginn an in chronologischer Reihenfolge abzuliegen. Ferner ist ein Aktenverzeichnis zu erstellen, welches eine chronologische Auflistung sämtlicher in einem Verfahren gemachten Eingaben zu enthalten hat (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-319/2010 vom 15. Dezember 2010 E. 2.2; Entscheid der REKO/WEF FB/1998-1 vom 12. November 1998 "Fachhändlerverträge" E.3.2.2, veröffentlicht in: RPW 1998/4, S. 655 ff.). Das Bundesgericht hat in Bezug auf die Form von Beweisvorkehren im Verwaltungsverfahren allgemein erkannt, Auskünfte von Drittpersonen hätten grundsätzlich schriftlich zu erfolgen. Eine formlos eingeholte und in einer Aktennotiz festgehaltene mündliche bzw. telefonische Auskunft stelle nur insoweit ein zulässiges und taugliches Beweismittel dar, als damit bloss Nebenpunkte, namentlich Indizien oder Hilfstatsachen festgestellt würden. Seien hingegen von Drittpersonen Auskünfte zu wesentlichen Punkten des rechtserheblichen Sachverhaltes einzuholen, falle grundsätzlich nur die Form der schriftlichen Anfrage und Auskunft in Betracht. Würden Auskunftspersonen zu wichtigen tatbestandlichen Fragen dennoch mündlich befragt, sei eine Einvernahme durchzuführen und darüber ein Protokoll aufzunehmen. Es entspricht einem aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör abgeleiteten allgemeinen Verfahrensgrundsatz, dass entscheidungsrelevante Tatsachen und Ergebnisse schriftlich festzuhalten sind. Dazu gehört auch die Pflicht zur Protokollführung über entscheidungswesentli-

che Abklärungen, Zeugeneinvernahmen und Verhandlungen im Rechtsmittelverfahren (BGE 130 II 473 E. 4.2 m.w.H.; s. auch Entscheid der REKO/WEF FB/1999-7 vom 4. November 1999 "Cablecom-Headends" E. 4.5, veröffentlicht in: RPW 1999/4, S. 618 ff.).

**4.2.7** Act. 288 ist ein Schreiben vom 8. Oktober 2008 der Anzeigerin an das Sekretariat der Vorinstanz. Darin wird ausgeführt: "Wir beziehen uns auf Ihren Telefonanruf vom 3. Oktober 2008 und lassen Ihnen in der Beilage wie von Ihnen gewünscht eine Kopie der E-Mail Korrespondenz zwischen [...] betreffend Belieferung mit Elmex-Artikeln aus dem Ausland zukommen. [...] Auch aus dieser Korrespondenz ergibt sich, dass eine Belieferung durch Lieferanten im Ausland verhindert werden soll und verhindert wird." Beigelegt ist die besagte E-Mail-Korrespondenz. Die Beschwerdeführerin bringt vor, zu diesem Telefonat hätte ein Protokoll erstellt werden sollen. Diesem Vorbringen kann nach dem in der vorherigen Erwägung Ausgeführten nicht gefolgt werden. Eine Behörde hat Protokoll zu führen über die entscheidungswesentlichen Tatsachen eines Telefongesprächs. Wie sich aus dem Schreiben vom 8. Oktober 2008 jedoch ergibt, hat die Mitarbeiterin des Sekretariats der Vorinstanz lediglich telefonisch um Nachreichung von bestimmten Unterlagen ersucht. Die Anzeigerin stellt zwar zusätzlich mit der Übermittlung der Akten erneut ihre eigene Sicht dar. Dass sie dies auch anlässlich des Telefongesprächs getan hat, lässt sich indes nicht aus dem Schreiben entnehmen. Zudem ist festzuhalten, dass gerade in einer kartellrechtlichen Untersuchung, in der mehrere Hunderte von Akten einzuholen sind, es einer Behörde schon aus Praktikabilitätsgründen möglich sein muss, weitere Unterlagen mit einem einfachen Telefonanruf einzufordern. Müsste sie jedes Mal auf dem Schriftweg vorgehen, würde sich das Verfahren ungebührlich verzögern, was nicht im Sinne der betroffenen Unternehmen wäre. Dies entspricht auch der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wonach über entscheidungswesentliche Abklärungen, Zeugeneinvernahmen, Augenscheine und Verhandlungen im Rechtsmittelverfahren Protokoll zu führen ist. Da in casu lediglich um Nachreichung von Akten ersucht wurde, musste das Sekretariat der Vorinstanz diesen Vorgang nicht zusätzlich in einer Aktennotiz protokollieren. Es genügt der Protokollierungspflicht, dass sie das Schreiben der Anzeigerin inkl. Beilagen in die Akten aufgenommen hat. Auch hinsichtlich der Tatsache, dass das in act. 393 erwähnte Telefongespräch nicht in einer Aktennotiz festgehalten wurde, kann keine Gehörsverletzung erblickt werden. Im Schreiben der Anzeigerin vom 30. September 2009 wird ausgeführt: "Im Nachgang zur telefonischen Besprechung erlaube ich mir, folgendes festzuhalten: [...]." Auf den nachfolgenden Seiten äussert die Anzeigerin zum wiederholten Mal

ihre Ansichten gegenüber dem Sekretariat der Vorinstanz. Aus der Formulierung des Schreibens lässt sich ableiten, dass die Anzeigerin ihre bereits mündlich vorgetragenen Argumente noch einmal schriftlich nachreichte. Sodann ist festzustellen, dass sich in der angefochtenen Verfügung keine Hinweise darauf finden, dass die Vorinstanz die in beiden Telefonaten vorgetragenen Ansichten als entscheidrelevante Tatsachen einfließen liess. Im Gegenteil hat sie, wie sie auch in Rn. 20 f. der Vernehmlassung bekräftigt hat, Eingaben der Anzeigerin vor allem deswegen zu den Untersuchungsakten genommen, um deren widersprüchliches Verhalten aufzuzeigen. Dies zeigt sich exemplarisch bei den Ausführungen zum Sachverhalt und Verfahren sowie insbesondere bei Rn. 18 der angefochtenen Verfügung, wo festgehalten wird: "Mit Eingabe vom 8. Oktober 2008 informierte Denner das Sekretariat über einen erneuten Belieferungsversuch. Aus dem vorgelegten E-Mail-Verkehr vom April 2007 ergibt sich eine Lieferanfrage über dieselbe [...] Zwischenhändlerin. Hingegen hat ein Geschäftsleitungsmitglied von Denner im Rahmen der Zeugeneinvernahme vom 6. Juli 2009 vor der WEKO ausgesagt, dass nach der Anfrage im November 2005 keine weiteren Versuche unternommen worden seien. Auch kam die Anfrage von April 2007 nach den Ausführungen von Gebro nie bei ihr an. Denner verweigerte nähere Angaben zu den angegangenen Kontaktpersonen, unter Berufung auf Geschäftsgeheimnisse und auf den Umstand, dass [...] und die Parallelhandelsopportunitäten gefährden würde." Die Vorinstanz stützte sich sodann nicht auf die Eingaben, sondern kam im Gegenteil in Rn. 128 zum Schluss, es sei nicht erstellt, dass tatsächlich eine direkte oder indirekte Lieferanfrage an Gebro ergangen sei. Insbesondere eine indirekte Anfrage habe nicht nachgewiesen werden können. Als Indiz für eine möglich Anfrage nennt die Vorinstanz den E-Mail-Austausch aus dem Jahr 2005 und nicht den mit act. 288 im Jahr 2008 eingereichten Austausch. Demnach liegt auch hier keine Gehörsverletzung vor.

### **4.3**

**4.3.1** Die Beschwerdeführerin sieht drittens ihr rechtliches Gehör dadurch verletzt, dass sich die Vorinstanz mit wesentlichen Vorbringen und Beweismitteln der Beschwerdeführerin nicht auseinandergesetzt und zahlreiche Behauptungen ungenügend begründet habe, so (i) zum mangelnden Kausalzusammenhang zwischen Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages und der angeblichen Wettbewerbsbeschränkung, (ii) zum Beleg im RBB Economics Expertengutachten vom 24. März 2009, wonach Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages keine erheblichen Wettbewerbsauswirkungen hätte haben können (hier nach: RBB Expertengutachten), (iii) zum Nachweis im RBB Economics Kurzgutachten vom 20. August 2009, die allfällige Belieferung von Denner

hätte keine Auswirkungen auf die Preispolitik von Coop (im Folgenden: Kurzugutachten RBB), (iv) zu verschiedenen Analysen im RBB Expertengutachten betreffend den Interbrand-Wettbewerb (Vergleich relativer Preise, Difference-in-Difference Schätzung, Streudiagramme und Schätzung der Elastizitäten) sowie (v) zum Beleg der Beschwerdeführerin für das Vorhandensein von wirksamem Intra-brand-Wettbewerb. Replicando hält die Beschwerdeführerin fest, die Vorinstanz sei nicht auf die Frage eingegangen, wie eine Bestimmung, welche im untersuchungsrelevanten Zeitraum nie zur Anwendung gekommen sei, den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen können. Ausserdem habe sie im Rahmen der Erheblichkeitsprüfung das RBB Expertengutachten und das Kurzugutachten RBB nicht berücksichtigt. Ähnlich äusserte sich die Beschwerdeführerin anlässlich der Verhandlung vom 10. Oktober 2013.

**4.3.2** Die Vorinstanz macht geltend, dem Anspruch auf rechtliches Gehör sei in casu Genüge getan. Auf die Frage des Kausalzusammenhanges zwischen Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages und der Wettbewerbsbeschränkung sei in Rn. 98 ff. und 224 ff. der angefochtenen Verfügung im Detail eingegangen worden. Es liege in der Natur der Sache, dass die Beschwerdeführerin behaupte, Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages sei nie zur Anwendung gekommen, da dies wohl die einzige Möglichkeit sei, ein explizites, schriftliches, generelles Exportverbot zu relativieren. Zudem handle es sich hierbei um eine reine Parteibehauptung und nicht um eine erstellte Tatsache. Zum RBB Expertengutachten trägt die Vorinstanz vor, dieses habe als Privatgutachten verglichen mit einer behördlich angeordneten Expertise einen herabgesetzten Beweiswert. Die darin enthaltenen Erkenntnisse seien Parteibehauptungen gleichzusetzen, welche die Vorinstanz inhaltlich zur Kenntnis genommen und mit denen sie sich ernsthaft auseinandergesetzt habe, so z.B. in Rn. 272 ff. der angefochtenen Verfügung.

**4.3.3** Bei der vorliegenden Rüge ist zu differenzieren zwischen der Würdigung der Beweise und der Prüfung der Parteivorbringen durch die Vorinstanz. Die von der Beschwerdeführerin eingereichten RBB Economics Gutachten sind Beweismittel im Sinne von Art. 12 Bst. e VwVG. Hinsichtlich dieser ist die gerügte Gehörsverletzung nach den Grundsätzen der Beweiswürdigung im Verwaltungsverfahren zu beurteilen. Betreffend der von der Beschwerdeführerin im vorinstanzlichen Verfahren vorgetragene Argumente ist die gerügte Gehörsverletzung hingegen nach den Grundsätzen von Art. 29 ff. VwVG und insbesondere Art. 32 Abs. 1 und 35 Abs. 1 VwVG zu untersuchen.



**4.3.3.1** Das Bundesrecht schreibt nicht vor, wie die einzelnen Beweismittel zu würdigen sind. Nach Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 40 des Bundesgesetzes vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess (BZP, SR 273) gilt für das gesamte Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsverfahren der Grundsatz der freien Beweiswürdigung. Danach haben die Behörden die Beweise frei, d.h. ohne Bindung an förmliche Beweisregeln, sowie umfassend und pflichtgemäss zu würdigen (BGE 125 V 351 E. 3a). Letzteres bedeutet, dass alle erhobenen Beweise über erhebliche Tatsachen in die Würdigung einbezogen werden. Nicht zulässig ist es, einem Beweismittel vorab und in allgemeiner Weise die Beweiseignung abzusprechen. Beispielsweise darf den von Parteien eingereichten Expertisen nicht schon deshalb der Beweiswert abgesprochen werden, weil sie von einer Partei stammen. Ferner besitzen nach dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung alle tauglichen Beweismittel die gleiche Beweiskraft. Die Behörde hat alle Beweismittel objektiv zu prüfen und danach zu entscheiden, ob sie eine zuverlässige Beurteilung des rechtserheblichen Sachverhaltes gestattet (WALDMANN/WEISSENBERGER, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 19 Rn. 15 f. und 20 f. m.w.H.). Hinsichtlich Privatgutachten ist zu beachten, dass diese kein grösseres Gewicht als die rechtlichen Erörterungen in der Rechtschrift der betreffenden Partei haben, also ausschliesslich Parteivorbringen enthalten (BGE 105 II 1 E. 1; BGE 95 II 364 E. 2).

**4.3.3.2** Die Vorinstanz hat sich in der angefochtenen Verfügung an verschiedenen Stellen mit dem RBB Expertengutachten auseinandergesetzt und dabei jeweils rechtsgenügend das Abweichen von den darin vorgetragenen Erkenntnissen begründet. Sofern die Erkenntnisse aus dem Gutachten auch in den Rechtschriften enthalten waren, hat sich die Vorinstanz zulässigerweise darauf beschränkt, die Argumente in den letzteren zu prüfen. So hat sie hinsichtlich der Frage der Erheblichkeit der Wettbewerbsbeschränkung in Rn. 315 der angefochtenen Verfügung sowohl zu den Ausführungen der Beschwerdeführerin in Rn. 25 ff. ihrer Eingabe vom 24. August 2009 als auch zu den Erkenntnissen auf S. 9 des RBB Expertengutachtens Stellung genommen und die Gründe dargelegt, aus denen sie diese für nicht stichhaltig hält. Auch die Tatsache, dass in Rn. 271 ff. der angefochtenen Verfügung die auf das RBB Expertengutachten gestützten Vorbringen als unzutreffend bezeichnet werden, spricht nicht für eine mangelhafte Würdigung der Parteivorbringen. Im Gegenteil zeigt die ausführliche Auseinandersetzung mit dem Expertengutachten in Rn. 271-294 der angefochtenen Verfügung, dass die Vorinstanz die Argumente der Beschwerdeführerin umfangreich überprüft und rechtsgenügend dargelegt hat, warum sie die Vorbringen für unzutreffend hält. Mit dem Kurzgutachten

RBB betreffend die Änderung der Preispolitik von Coop hat sich die Vorinstanz schliesslich in Rn. 315 der angefochtenen Verfügung auseinandergesetzt und begründet, warum sie die darin enthaltenen Erkenntnisse für nicht stichhaltig hält. Die Vorinstanz hat demnach den Gehörsanspruch der Beschwerdeführerin im Rahmen der Beweiswürdigung gewährt.

**4.3.3.3** Wie bereits oben ausgeführt, ist die von der Beschwerdeführerin gerügte Gehörsverletzung betreffend die von ihr im vorinstanzlichen Verfahren vorgetragene Argumente nach den Grundsätzen von Art. 29 ff. VwVG und insbesondere Art. 32 Abs. 1 und 35 Abs. 1 VwVG zu beurteilen. Es ist demnach zu untersuchen, ob die Vorinstanz einerseits das Vorbringen der Beschwerdeführerin zum fehlenden Kausalzusammenhang zwischen Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages und der festgestellten erheblichen Wettbewerbsbeschränkung und andererseits die Argumente zum vorhandenen Intra-brand-Wettbewerb aufgrund zahlreicher Aktionen für Elmex rot mangelhaft geprüft hat. Der in Art. 29 Abs. 2 BV garantierte und in den Art. 26 bis 33 VwVG konkretisierte Grundsatz des rechtlichen Gehörs als persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht verlangt, dass die Behörde die Vorbringen des vom Entscheid in seiner Rechtsstellung Betroffenen auch tatsächlich hört, sorgfältig und ernsthaft prüft und in der Entscheidfindung berücksichtigt (Art. 32 Abs. 1 VwVG). Daraus folgt die grundsätzliche Pflicht der Behörden, sich mit den wesentlichen Vorbringen des Rechtssuchenden zu befassen und ihren Entscheid zu begründen (vgl. Art. 35 Abs. 1 VwVG). Nimmt die Behörde zu entscheidungswesentlichen Fragen aus welchen Gründen auch immer keine Stellung, so ist das rechtliche Gehör verletzt und die Streitsache zur Wahrung des gesetzlich vorgesehenen Instanzenzuges grundsätzlich zurückzuweisen (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-1393/2006 vom 10. Dezember 2007 E. 1.5, mit Verweis auf BGE 129 I 232 E. 3.2; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., S. 185; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rn. 1709 ff.).

**4.3.3.4** Zur Frage des Kausalzusammenhangs ist auf Rn. 106-118 der angefochtenen Verfügung zu verweisen. An dieser Stelle setzt sich die Vorinstanz mit dem Vorbringen der Beschwerdeführerin auseinander, Ziff. 3.2. des Lizenzvertrages sei nicht eingehalten worden, was sich darin zeige, dass seit mehreren Jahren Parallelimporte stattfänden. Ferner geht die Vorinstanz in Rn. 112 ff. der angefochtenen Verfügung auf das Argument ein, wonach die Nichtbelieferung der Anzeigerin möglicherweise auf das Schweizer Heilmittelrecht zurückzuführen sei. Schliesslich ist die Vorinstanz auch im Rahmen der Untersuchung des Intra-brand-Wettbewerbs

in Rn. 224 ff. (insb. Rn. 238-246) detailliert auf die Ausführungen der Beschwerdeführerin eingegangen bevor sie zu Kenntnis nahm, dass die Parteien mit ihren Schlussfolgerungen nicht einverstanden waren. In der Tatsache, dass die Vorinstanz zu einem anderen Schluss gelangt ist als die Parteien, kann indes keine Gehörsverletzung erblickt werden.

**4.4** Damit ist erstellt, dass alle Rügen der Beschwerdeführerin betreffend die Verletzung des rechtlichen Gehörs, vorbehaltlich des in E. 4.2.5 Ausgeführten, zurückzuweisen sind.

## **5. RÜGE DER VERLETZUNG DES UNTERSUCHUNGSGRUNDSATZES**

### **5.**

Die Beschwerdeführerin macht in formeller Hinsicht des Weiteren mehrere Verstösse gegen den Untersuchungsgrundsatz geltend.

Ein Verstoss gegen das Kartellgesetz ist gemäss der auch im Kartellverfahren anwendbaren Untersuchungsmaxime grundsätzlich durch die Behörden zu untersuchen (Art. 39 f. KG i.V.m. Art. 12 VwVG). Sie haben die Pflicht, den rechtserheblichen Sachverhalt von Amtes wegen richtig und vollständig abzuklären, wobei die Parteien gestützt auf Art. 13 VwVG eine Mitwirkungspflicht trifft. Als rechtserheblich gelten alle Tatsachen, welche den Ausgang der Entscheidung beeinflussen können (BGE 117 V 282 E. 4a; Entscheid der REKO/WEF FB/2004-1 vom 27. September 2005 "Ticketcorner" E. 5.1, veröffentlicht in: RPW 2005/4, S. 672 ff.). Zudem gilt im ordentlichen Verwaltungsverfahren grundsätzlich das Beweismass des Vollbeweises, mithin der Gewissheit. Im wettbewerbsrechtlichen Kontext sind indes keine überspannten Anforderungen an das Beweismass zu stellen. Die Komplexität wirtschaftlicher Sachverhalte, insbesondere die vielfache und verschlungene Interdependenz wirtschaftlich relevanten Verhaltens, schliesst eine strikte Beweisführung regelmässig aus (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2969/2010 vom 28. Februar 2012 "Swisscom/COLT" E. 13.2; BVGE 2009/35 "Swisscom Bitstrom" E. 7.4 m.w.H; so auch das Bundesgericht in seinem jüngsten Entscheid, vgl. BGE 139 I 72 "Publigroupe" E. 8.3.2). Der Untersuchungsgrundsatz erfährt eine Einschränkung durch die in Art. 13 VwVG statuierte Mitwirkungspflicht. Diese besteht für Parteien insbesondere, soweit sie in einem Verfahren selbständige Begehren stellen (Beschwerdeführerin; Art. 13 Abs. 1 Bst. b VwVG) bzw. wenn ihnen nach einem anderen Bundesgesetz eine weitergehende Auskunfts- oder Offenlegungspflicht obliegt. Eine solche findet sich in Art. 40 KG, wonach Beteiligte an Abreden den Wettbewerbsbehörden alle für deren Abklärungen erforderlichen Auskünfte zu erteilen und die

notwendigen Urkunden vorzulegen haben. Mitwirkungspflichten können sich ausserdem aus dem Grundsatz von Treu und Glauben ergeben, insbesondere wenn die Vorinstanz Tatsachen ohne Mitwirkung der Parteien nicht oder nicht mit vernünftigem Aufwand erheben kann (Urteil des Bundesgerichts 2A.430/2006 vom 6. Februar 2007 "Sammelrevers" E. 10; vgl. KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., S. 162; PATRICK L. KRAUSKOPF/KATRIN EM-MENEGGER, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 13 Rn. 32 ff.).

## 5.1

**5.1.1** Zur Verletzung der Untersuchungsmaxime trägt die Beschwerdeführerin erstens vor, die Vorinstanz habe einen angeblichen Kartellrechtsverstoss von 2004 bis 2006 gestützt auf Marktdaten der Periode 2007 und 2009 beurteilt. Die angefochtene Verfügung halte fest, dass (i) die Preis- und Aktionsdaten aus dem Jahr 2007 belegten, dass der Intra-brand-Preiswettbewerb um Elmex rot zu gering sei, (ii) aufgrund der Marktanteile der Hersteller in 2007 der Inter-brand-Wettbewerb zu schwach sei, und (iii) Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages erheblich sei, weil aus dem Verhalten von Coop im Jahr 2009 geschlossen werden könne, dass ein Import von Elmex rot zu tieferen Preisen geführt hätte. Dieses Vorgehen sei insbesondere deshalb nicht nachvollziehbar, weil sich der Schweizer Detailhandelsmarkt in den letzten Jahren grundlegend verändert habe. Denner sei ohne Denner-Satelliten 2004/2005 von der Grösse her mit Spar Schweiz vergleichbar gewesen. Zudem seien damals Pick-Pay und Carrefour noch am Markt aufgetreten. Schliesslich sei Denner noch nicht Teil des Migros-Konzerns gewesen, weshalb Coop nicht auf diese neue Konkurrenz mit besagtem Strategiewechsel in der Preisgestaltung habe reagieren müssen. Die Vorinstanz mache es sich zu einfach, wenn sie sage, sie kenne die genaueren Umstände des Strategiewechsels nicht. Wenn sie diese Tatsache für so bedeutend halte, hätte sie Coop dazu befragen müssen. Im verwaltungsinternen Verfahren gelte der Untersuchungsgrundsatz. Damit trage die Vorinstanz, Art. 13 VwVG vorbehalten, die Beweisführungslast. Da die sanktionierbaren Tatbestände gemäss Art. 49a Abs. 1 KG strafrechtlichen Charakter hätten, sei in casu nur der Vollbeweis rechtsgenügend. Replicando macht die Beschwerdeführerin geltend, von 2004 bis 2006 sei Elmex rot mit Wissen und Willen der Beschwerdeführerin und Gebro in die Schweiz importiert worden, was auch die Vorinstanz in Rn. 58 der Verfügung anerkenne. Somit sei der Vollbeweis für das Vorliegen von Parallelimporten in diesem Zeitraum erbracht worden. Bewiesen und aktenkundig sei zudem, dass Denner bei Gebro nie für Parallelimporte nachgefragt hätte und kein anderer Detailhändler im untersuchungsrelevanten Zeitraum ein Interesse

an Parallelimporten gehabt hätte. Diese Vorbringen hat die Beschwerdeführerin teils auch an der Verhandlung vom 10. Oktober 2013 sowie in ihrer Eingabe vom 30. Oktober 2013 wiederholt.

**5.1.2** Die Vorinstanz führt einleitend aus, der Untersuchungsgrundsatz verpflichte die Behörden, von Amtes wegen die für den Entscheid erforderlichen Unterlagen zu beschaffen, wobei die Parteien eine Mitwirkungspflicht treffe (Art. 12 f. VwVG). Die Beweisanträge und Sachverhaltsdarstellungen der Parteien seien für die Behörden indes nicht verbindlich. Nach dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung seien angebotene Beweise abzunehmen, sofern sie für die Ermittlung des rechtserheblichen Sachverhaltes relevant seien. Das Bundesverwaltungsgericht habe festgehalten, dass im wettbewerbsrechtlichen Kontext keine überspannten Anforderungen an das Beweismass zu stellen seien (BVG 2009/35 "Swisscom Bitstrom" E. 7.4). Im Kartellrecht genüge daher der Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit und nicht, wie die Beschwerdeführerin behauptete, der Grad des Vollbeweises. Der Erfolg einer wirksamen absoluten Gebietschutzabrede liege gerade darin, dass keine Parallelimporte stattfänden, womit das Erbringen eines Vollbeweises beinahe unmöglich sei. Die von der Beschwerdeführerin genannten Beispiele angeblicher Parallelimporte seien geprüft und für vernachlässigbar befunden worden. Die Vorinstanz habe Sachverhalte aufgrund ihrer eigenen Überzeugung zu beurteilen, welche auf ihrer eigenen Sachkunde und praktischen Vernunft zu gründen habe. Zu den Vorbringen der Beschwerdeführerin hält die Vorinstanz fest, im Rahmen der Untersuchung seien bei den Lebensmittelhändlern Angaben zu Aktions- und Normalpreisen sowie den dazugehörigen Absatzmengen für die Jahre 2006, 2007 und 2008 eingeholt worden. In der Vorabklärung habe die Vorinstanz die Verkaufspreise für das Jahr 2005 erhoben, welche sich allerdings mangels Vollständigkeit nicht zur Illustration des Intrabrand-Wettbewerbs geeignet hätten. Hierzu seien die Daten für das Jahr 2007 exemplarisch verwendet worden, da es für die Analyse irrelevant gewesen sei, ob das Jahr 2006 oder 2007 herangezogen worden sei. Die Verfügbarkeit von Elmex rot bei Carrefour habe sich aufgrund der lediglich 12 Verkaufspunkte beschränkt auf den Intrabrand-Wettbewerb ausgewirkt. Dasselbe gelte für Spar und Pick-Pay. Erst durch Verkauf von Elmex rot bei der Anzeigerin sei der Preis gefallen.

**5.1.3** Zum Vorbringen, die Vorinstanz habe sich für den Nachweis fehlenden Intrabrand-Preiswettbewerbs ausschliesslich auf Preis- und Aktionsdaten aus dem Jahr 2007 gestützt, ist auf act. 133, 137, 141, 147, 218, 226, 252, 262, 272 und 278 zu verweisen. In diesen Fragebögen wurden

die angeschriebenen Detailhändler aufgefordert, die Normal- und Aktionspreise für die Jahre 2006, 2007 und soweit verfügbar 2008 aufzulisten. Vergleicht man die Angaben in den Fragebögen der Detailhändler zu Normal- und Aktionspreisen von Elmex rot, sieht man, dass die Ergebnisse aus dem Jahr 2006 deckungsgleich sind mit denen aus dem Jahr 2007. Einzige Ausnahmen sind act. 262, wo die Aktionspreise im Jahr 2007 einmal höher und einmal tiefer angegeben werden als im Jahr 2006, sowie act. 147 und 141, wo die Aktionspreise im Jahr 2007 tiefer waren (siehe auch Rn. 67 f. der Vernehmlassung). Insgesamt hat die Vorinstanz in drei von vier Abweichungen durch das Abstellen auf Daten aus dem Jahr 2007 mit tieferen Preisen kalkuliert, womit sie bei Ermittlung der Intensität des Intra-brand-Wettbewerbs jedenfalls nicht zu Ungunsten der Beschwerdeführerin gerechnet hat. Die Vorinstanz hat sowohl die Zahlen des Jahres 2006 als auch diejenigen von 2007 erhoben, und hat – weil die Verhältnisse gleich waren – auf die Zahlen aus dem Jahr 2007 abgestellt. Durch die exemplarische Verwendung der Daten aus dem Jahr 2007 hat sie somit den Untersuchungsgrundsatz nicht verletzt. Auch bei den Zahlen zu den Aktionswochen sind die Abweichungen derart gering, dass ein Abstellen auf das Jahr 2007 gerechtfertigt erscheint. Zwar geht aus act. 137 und act. 252 hervor, dass die betreffenden Händler im Jahr 2007 je eine Aktionswoche weniger durchgeführt haben. Da aber zwei andere Detailhändler eine bzw. zwei Aktionswochen mehr durchgeführt haben, wurde unter dem Strich im Jahr 2007 eine Aktionswoche mehr in der Schweiz für Elmex rot durchgeführt (act. 226, 262). Somit hat auch hier das Heranziehen der Daten aus dem Jahr 2007 das Ergebnis jedenfalls nicht zu Ungunsten der Beschwerdeführerin beeinflusst. Demnach ist im Abstellen der Vorinstanz auf Preis- und Aktionsdaten aus dem Jahr 2007 bei der Ermittlung des Intra-brand-Preiswettbewerbs keine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes zu erblicken.

## **5.2**

**5.2.1** Die Beschwerdeführerin macht zweitens geltend, die Vorinstanz habe bei der Ermittlung der Intensität des Intra-brand-Wettbewerbs lediglich auf Marktanteilsdaten aus dem Jahr 2007 abgestellt und damit den Untersuchungsgrundsatz verletzt. Die Vorinstanz entgegnet, sie habe die Daten von 2005, 2006, 2007 sowie 2008 eingeholt. Die Daten aus dem Jahr 2005 hätten sich mangels Vollständigkeit nicht zur Illustration des Intra-brand-Wettbewerbs geeignet. Für die restliche Zeit seien die Daten des Jahres 2007 exemplarisch herangezogen worden.

**5.2.2** Das Bundesverwaltungsgericht stellt hierzu fest, dass die Vorinstanz die Marktdaten zu den Jahren 2006 und 2007 erhoben und sich dabei u.a. auch auf Eingaben der Beschwerdeführerin gestützt hat (vgl. z.B. act. 20 und 267 sowie Rn. 259 f. der angefochtenen Verfügung). Demnach hat sie nicht, wie die Beschwerdeführerin behauptet, lediglich die Zahlen aus dem Jahr 2007 analysiert. Sodann hat die Vorinstanz für die Zeitperiode 2006 bis 2007 in Rn. 267 ff. die Marktanteilsschwankungen untersucht und dadurch der Tatsache Rechnung getragen, dass die Daten aus den Jahren 2006/2007 stammen. Damit hat sie auch in diesem Punkt den Untersuchungsgrundsatz gewahrt.

### **5.3**

**5.3.1** Drittens ist das Vorbringen der Beschwerdeführerin zu prüfen, wonach die Vorinstanz die Untersuchungsmaxime verletzt habe, weil sie sich im Rahmen der Erheblichkeitsprüfung auf Tatsachen aus dem Jahr 2009 stützte. Einleitend ist darauf hinzuweisen, dass an dieser Stelle nur der Frage nachzugehen ist, ob die Vorinstanz sich zu Recht auf Daten aus dem Jahr 2009 gestützt hat. Nicht im Rahmen der formellen Rügen ist hingegen zu prüfen, ob sich Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages im untersuchungsrelevanten Zeitraum erheblich ausgewirkt hat.

**5.3.2** Im Zusammenhang mit der vorliegenden Rüge ist auf Rn. 20, 237 und 248 der angefochtenen Verfügung sowie auf Rn. 50 der Vernehmlassung hinzuweisen. Darin wird festgehalten, dass Denner im März 2009 mit dem Verkauf von Elmex rot begann, worauf Coop im Mai 2009 seinen Preis auf das Niveau von Denner senkte. Coop sei im Frühjahr 2010 gleich vorgegangen, als Denner den Preis erneut herabsetzte. Ausserdem wird festgestellt, die deutlich günstigeren Preise von Denner hätten Coop beeinflusst, da Denner nach Angaben der Beschwerdeführerin über einen Marktanteil von [...] in den Jahren 2006/2007 (im Vergleich zu [...] von Spar) und ein flächendeckendes Verkaufsstellennetz von rund 730 Geschäften verfügt habe (vgl. act. 268). Die Vorinstanz hat angenommen, Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages verhindere Parallelimporte, was zu einem geringeren Preiswettbewerb für Elmex rot in der Schweiz führe. Sie hat hierzu in umfangreichen Masse Befragungen der Marktteilnehmer durchgeführt und regelmässig die Preisentwicklungen überprüft. Dabei ist ihr aufgefallen, dass Coop zweimal (2009 und 2010) den Preis für Elmex rot kurze Zeit nach Denner gesenkt hat, und zwar auf das Preisniveau von Denner. Dass die Vorinstanz für die Prüfung der Auswirkungen des Verkaufs von Elmex rot bei Denner auf den Intra-brand-Wettbewerb sich auf Daten stützte, welche

vor und nach diesem Zeitpunkt erhoben wurden, erscheint dem Bundesverwaltungsgericht plausibel. Dabei ist es unerheblich, dass die Daten aus dem Jahr 2009 stammten, da erst ab diesem Zeitpunkt Denner mit Elmex rot beliefert wurde, somit erst ab diesem Moment allfällige Auswirkungen des Verkaufs von Elmex rot überhaupt analysiert werden konnten. Eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes kann darin nicht erblickt werden.

## **5.4**

**5.4.1** Im Zusammenhang mit der Untersuchungsmaxime moniert die Beschwerdeführerin viertens eine unzulässige Abwälzung der Sachverhaltsermittlungen des Sekretariats auf die Beschwerdeführerin mit der Begründung, der Verfügungsentwurf der Vorinstanz habe sich weder mit der Erheblichkeit der Wettbewerbsbeschränkung noch mit einer etwaigen Rechtfertigung nach Art. 5 Abs. 2 KG auseinandergesetzt. Sei die Vorinstanz im Entwurf noch davon ausgegangen, dass eine Beseitigung des Wettbewerbs bis zum heutigen Zeitpunkt vorliege, habe sie in der angefochtenen Verfügung nur noch festgestellt, dass der Wettbewerb bis September 2006 erheblich beeinträchtigt worden sei. Die Untersuchung der Erheblichkeit und allfälliger Rechtfertigungsgründe hätte nicht, wie es die Vorinstanz mit Schreiben vom 7. Juli 2009 getan habe, auf die Beschwerdeführerin überwältigt werden dürfen. Die Vorinstanz bestreite dieses Vorgehen, welches nach Ansicht der Beschwerdeführerin den Untersuchungsgrundsatz verletzt, nicht.

**5.4.2** Die Vorinstanz entgegnet, die Aufforderung im Schreiben vom 7. Juli 2009, Stellung zu nehmen für den Fall, dass die gesetzliche Beseitigungsvermutung widerlegt werden könne, habe der Wahrung des rechtlichen Gehörs der Beschwerdeführerin gedient. Zudem verweist sie auf die Systematik des Kartellgesetzes. Hiernach müsse bei vermutungsweise den Wettbewerb beseitigenden Abreden der Nachweis erbracht werden, dass diese Vermutung beseitigt werden könne. Gelingen das, stelle sich die Frage der Erheblichkeit solcher Abreden. Das sei auch der anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin klar gewesen, welche im Verfahren stets davon ausgegangen sei, dass die gesetzliche Vermutung umgestossen werden könne. Somit habe sich spätestens seit dem Zeitpunkt ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats eine Auseinandersetzung mit der Frage der Erheblichkeit aufgedrängt, zumal diese wie auch die Frage des Vorliegens allfälliger Rechtfertigungsgründe anlässlich der mündlichen Anhörung mehrfach aufgegriffen worden seien.



**5.4.3** Mit Schreiben vom 7. Juli 2009 (act. 376) ersuchte die Vorinstanz die Beschwerdeführerin, "Stellung zu nehmen für den Fall, dass die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs i.S.v. Art. 5 Abs. 4 KG widerlegt werden könnte. Dabei sind im Lichte von Art. 5 Abs. 2 KG sowie Ziff. 15 der Bekanntmachung über die wettbewerbliche Behandlung vertikaler Abreden vom 2. Juli 2007 sämtliche Rechtfertigungsgründe geltend zu machen und detailliert zu belegen." Wie oben (E. 4.1.3) ausgeführt, diente dieses Vorgehen einerseits der Wahrung des rechtlichen Gehörs der Beschwerdeführerin im Hinblick auf eine mögliche abweichende rechtliche Würdigung. Dabei lud die Vorinstanz die Beschwerdeführerin erst zur Stellungnahme ein, nachdem sie am Ende einer umfangreichen, fast zweieinhalb-jährigen Untersuchung zum Schluss kam, dass eine Wettbewerbsbeseitigung nicht vorlag. Andererseits trifft die Parteien, wie oben (E. 5) festgehalten, aufgrund von Art. 13 Abs. 1 Bst. b und c VwVG i.V.m. Art. 40 KG eine Mitwirkungspflicht. Die Vorinstanz hat den Sachverhalt ermittelt, ist zum Schluss gekommen, die Vermutung könne widerlegt werden, und hat in der Folge die Beschwerdeführerin zur Stellungnahme eingeladen. Es ist im Verwaltungsverfahren üblich, ja zur Wahrung der Parteirechte sogar unerlässlich, dass Parteien zur Stellungnahme zu entscheidenderheblichen Fragen eingeladen werden, zumal sie eine gesetzliche Pflicht zur Mitwirkung trifft. Darin kann keine Überwälzung der Sachverhaltsermittlung auf die Beschwerdeführerin erblickt werden. Vielmehr hat die Vorinstanz korrekt gehandelt als sie, nachdem sie zum Schluss kam, dass eine Wettbewerbsbeseitigung wohl nicht vorlag und sie den Sachverhalt wohl anders rechtlich würdigen würde, der Beschwerdeführerin das rechtliche Gehör einräumte. Ferner ist festzustellen, dass die Vorinstanz die Erheblichkeit der Abrede in Rn. 301 ff. der angefochtenen Verfügung umfangreich geprüft hat. In Rn. 318 ff. hat sich die Vorinstanz sodann mit den von den Parteien vorgetragenen Rechtfertigungsgründen auseinandergesetzt, um in Rn. 324 zum Schluss zu kommen: "Nebst den von den Parteien vorgebrachten [...] Argumenten sind keine weiteren Rechtfertigungsgründe nach Art. 5 Abs. 2 lit. a KG ersichtlich." Entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerin hat demnach die Vorinstanz auch weitere Rechtfertigungsgründe untersucht und die Sachverhaltsermittlung nicht ausschliesslich auf die Beschwerdeführerin überwälzt. Schliesslich mutet es widersprüchlich an, wenn die Beschwerdeführerin einerseits geltend macht, ihr rechtliches Gehör sei verletzt worden, weil sie *nicht* zum abgeänderten Verfügungsentwurf angehört worden sei, und andererseits der Vorinstanz eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes vorwirft, weil diese zur Wahrung des rechtlichen Gehörs der Beschwerdeführerin *Gelegenheit* zur Stellungnahme zum abge-

änderten Verfügungsentwurf vor Erlass der angefochtenen Verfügung eingeräumt hat. Die Rüge der Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes ist demnach in diesem Punkt zurückzuweisen.

## **5.5**

**5.5.1** Die Beschwerdeführerin rügt ferner unter dem Titel "Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes" in mehrfacher Hinsicht eine unrichtige bzw. unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes. So habe die Vorinstanz entgegen bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht nachgewiesen, dass der Lizenzvertrag für einen Wettbewerbsverstoss kausal hätte sein können. Zudem moniert sie, die Vorinstanz habe den Sachverhalt "aufgrund ihrer eigenen Überzeugung" aktenwidrig gewürdigt. Dieses Argument wurde sowohl in ihren Rechtsschriften als auch an der Verhandlung vom 10. Oktober 2013 vorgebracht. Die Vorinstanz weist die Rüge von sich. Aus den nachfolgenden Gründen verzichtet das Bundesverwaltungsgericht darauf, die Argumente im Detail aufzuführen.

**5.5.2** Die Beschwerdeführerin macht geltend, der Untersuchungsgrundsatz sei verletzt, weil einerseits die Kausalität von Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages nicht nachgewiesen sei, und andererseits die Vorinstanz eine aktenwidrige Würdigung des Sachverhaltes vorgenommen habe. Zum ersten Punkt ist einleitend festzuhalten, dass das Bundesverwaltungsgericht unter E. 4.3.3.4 zum Schluss gelangt ist, die Vorinstanz habe bei der Prüfung der Kausalität von Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages das rechtliche Gehör gewahrt, indem sie die Vorbringen der Beschwerdeführerin zum Kausalzusammenhang rechtsgenügend geprüft hat. Des Weiteren stellt das Bundesverwaltungsgericht fest, dass die Vorinstanz den Kausalzusammenhang zwischen Ziff. 3.2. des Lizenzvertrages und den spärlichen Parallelimporten auch unter Wahrung der Untersuchungsmaxime korrekt geprüft hat. So hat sie analysiert, ob das Schweizer Heilmittelrecht oder mangelndes Interesse der Marktteilnehmer Gründe für die tiefe Anzahl Parallelimporte darstellten. Auch hat die Vorinstanz die Rolle von Spar (dem einzigen Unternehmen, dem es in beschränktem Umfang gelang, Elmex rot indirekt zu importieren) untersucht. Zudem hat die Vorinstanz die Reaktionen auf dem Markt im Anschluss an die Belieferung der Anzeigerin mit Elmex rot beobachtet. Die Rüge der Verletzung der Untersuchungsmaxime in formeller Hinsicht ist folglich zurückzuweisen. Der zweite Teil der Rüge geht über den Untersuchungsgrundsatz hinaus und betrifft materielle Fragen. Wie oben (E. 5) ausgeführt, verpflichtet der Untersuchungsgrundsatz die Behörden und Gerichte zur richtigen und vollständigen Abklärung des rechts-

erheblichen Sachverhaltes. Nicht im Rahmen der Analyse, ob der Untersuchungsgrundsatz verletzt wurde, ist zu prüfen, ob die von der Vorinstanz getroffenen Schlüsse korrekt sind. Dies betrifft materielle Fragen und ist an entsprechender Stelle zu untersuchen (vgl. E. 12).

## 5.6

**5.6.1** Eine weitere Verletzung der Untersuchungsmaxime sieht die Beschwerdeführerin darin, dass die angefochtene Verfügung bei der Analyse des Intra- und Interbrand-Wettbewerbs sowie der Erheblichkeit nur den Lebensmittelhandel berücksichtigt habe. Dies obwohl die Vorinstanz den Drogerie- und Apothekenvertrieb zum relevanten Markt zähle. Es sei folglich nicht geprüft worden, ob die Preise im Drogerie- und Apothekenhandel höher seien bzw. ob Beratungsdienstleistungen keine Rolle spielten, womit der Sachverhalt unvollständig ermittelt und der Untersuchungsgrundsatz verletzt worden sei. Die Vorinstanz verweist auf ihre Ausführungen in der angefochtenen Verfügung.

**5.6.2** Die Beschwerdeführerin moniert das Vorgehen der Vorinstanz bei der Analyse des Intra- und Interbrand-Wettbewerbs. Wie oben (E. 5) ausgeführt, verpflichtet der Untersuchungsgrundsatz die Behörden und Gerichte zur richtigen und vollständigen Abklärung des rechtserheblichen Sachverhaltes. Nicht unter dem Titel Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes ist zu prüfen, ob die von der Vorinstanz vorgenommene Analyse korrekt ist. Dies ist im Rahmen der materiellen Prüfung der Beschwerde zu untersuchen. Auf die materiellen Aspekte dieser Rüge ist demnach unten unter E. 10.1 einzugehen. Soweit die Beschwerdeführerin in formeller Hinsicht rügt, die Vorinstanz habe die Preise im Drogerie- und Apothekenhandel nicht untersucht, ist auf die vorinstanzliche Untersuchung zu verweisen. Es wurden 21 Fragebögen an Drogerien und 22 an Apotheken versandt, wovon 19 resp. 21 beantwortet wurden. In beiden Versionen findet sich unter Ziffer 6 folgende Frage: "Bitte nennen Sie die Bandbreite innerhalb welcher sich die Endverkaufspreise von a) Medizinalzahnpasten b) herkömmlichen Zahnpasten bewegen, die Sie verkaufen." Die Vorinstanz hat somit entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerin geprüft, wie sich die Preise im Drogerie- und Apothekenhandel gestalteten. Auch mit der Rüge, die Vorinstanz habe die Rolle von Beratungsdienstleistungen beim Verkauf von Elmex ungenügend untersucht, vermag die Beschwerdeführerin nicht durchzudringen. In Rn. 147 und insbesondere in Rn. 221 f. der angefochtenen Verfügung hat die Vorinstanz die Wichtigkeit von Beratungsdienstleistungen geprüft. Eine Verletzung der Untersuchungsmaxime ist nicht gegeben.

## 5.7

**5.7.1** Ferner macht die Beschwerdeführerin eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes geltend, weil die Vorinstanz es entgegen einhelliger Lehre und Praxis unterlassen habe, den potentiellen Wettbewerb zu prüfen. Dies habe sie im Verfügungsentwurf noch getan und sei zum Schluss gelangt, Detailhändler wie Migros, Coop, Aldi und Denner seien innert kurzer Zeit in der Lage, ihre eigenen Produkte zu lancieren und erfolgreich auf dem Markt zu platzieren. Auch das Angebot bzw. die Zunahme an Eigenmarken sowie die Aktivitäten kleiner nationaler Produzenten zeigten, dass tiefe Markteintrittsbarrieren bestünden. Dies werde ferner gestützt durch die Ausführungen in Rn. 179 der angefochtenen Verfügung zur hohen Angebotsumstellungsflexibilität. Auch international tätige Hersteller mit starker Marktstellung im Ausland begründeten potenziellen Wettbewerb. Replizando trägt die Beschwerdeführerin vor, im Rahmen der *Erheblichkeitsprüfung* sei der potentielle Wettbewerb nicht untersucht worden.

**5.7.2** Die Vorinstanz entgegnet, der potentielle Wettbewerb sei nicht geprüft worden, weil sie zum Schluss gelangt sei, die gesetzliche Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs könne widerlegt werden. Dafür reiche bereits der aktuelle Wettbewerb aus, so dass auf eine Analyse des potentiellen Wettbewerbs habe verzichtet werden können.

**5.7.3** Wie die Beschwerdeführerin selbst festhält, hat die Vorinstanz den potentiellen Wettbewerb im Verfügungsentwurf untersucht (Verfügungsentwurf vom 16. Dezember 2008, B.3.3.2.3.2). Dass sie ihn in der Folge nicht berücksichtigt hat, stellt keine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes dar. Wie oben ausgeführt (E. 5), verpflichtet der Untersuchungsgrundsatz die Behörden und Gerichte zur richtigen und vollständigen Abklärung des rechtserheblichen Sachverhaltes. Nicht unter dem Titel Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes ist zu prüfen, ob die von der Vorinstanz vorgenommene Analyse korrekt ist. Demnach ist die Rüge, der potentielle Wettbewerb sei nicht untersucht worden, zurückzuweisen. Auch soweit die Beschwerdeführerin vorträgt, der potentielle Wettbewerb hätte im Rahmen der Erheblichkeitsprüfung berücksichtigt werden müssen, ist sie an dieser Stelle nicht zuzuhören, da es sich hierbei um eine materielle Frage handelt, welche unter E. 11.1 ff. geprüft wird.

## 5.8

**5.8.1** Die Beschwerdeführerin trägt ausserdem vor, die Untersuchungsmaxime sei verletzt, weil die Vorinstanz in aktenwidriger Weise behauptet habe, es sei unglaubwürdig, dass nachfragemächtige Detailhändler wie

Coop und Migros Produkte der Beschwerdeführerin auslisten würden, wenn sie mit den Einstandspreisen nicht einverstanden wären. Die Vorinstanz habe weder Migros noch Coop dazu befragt. Eine Auslistung der Produkte der Beschwerdeführerin durch Migros und Coop sei jederzeit möglich, was sich aus dem Briefwechsel zwischen der Beschwerdeführerin und der Migros im 2008 sowie dem Verhalten der Anzeigerin ergebe, welche Ende der neunziger Jahre Elmex rot ausgelistet habe.

**5.8.2** Die Vorinstanz entgegnet, eine Auslistung von Elmex rot sei angesichts der Stärke der Marke sowie der hohen Marktanteile unwahrscheinlich, was zu einem gewissen Grad durch die Sortimentsgestaltung der Migros (welche nur Leadermarkenprodukte aufnehme und auch Elmex rot führe) bestätigt werde. Zudem habe die Beschwerdeführerin nach eigenen Angaben das Image der Marke Elmex aufgebaut, um ihre Produkte entsprechend im Markt zu positionieren. Im Übrigen verweist die Vorinstanz auf die angefochtenen Verfügung.

**5.8.3** Die Beschwerdeführerin macht geltend, es sei aktenwidrig zu behaupten, dass eine Auslistung von Elmex rot durch *Coop* oder *Migros* unwahrscheinlich sei, da *Denner* selbst Elmex rot vor über 10 Jahren ausgelistet habe. Wie sich aus dem Begriff selbst ergibt, bedeutet "Aktenwidrigkeit", dass eine Behörde eine tatsächliche Feststellung trifft, die im klaren Widerspruch zu den Akten steht. Diese Konstellation ist im vorliegenden Verfahren nicht gegeben, weswegen auch keine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes vorliegt. Es ergibt sich nämlich aus den Akten nicht, dass Coop oder Migros Elmex rot je ausgelistet haben. Vielmehr zeigen diese, dass Denner vor über 10 Jahren eine Auslistung von Elmex rot vornahm. Folglich ist auch diese Rüge der Beschwerdeführerin zurückzuweisen. Nicht an dieser Stelle nachzugehen ist der Frage, ob die Vorinstanz in materieller Hinsicht richtigerweise annahm, eine Auslistung sei unwahrscheinlich. Diese Frage ist allenfalls an entsprechender Stelle in der materiellen Beurteilung zu prüfen (vgl. E. 10.1.4).

## **5.9**

**5.9.1** Die Untersuchungsmaxime ist nach Ansicht der Beschwerdeführerin überdies verletzt, weil die angefochtene Verfügung widersprüchliche Angaben zu Spar enthalte. Teilweise würde behauptet, die Parallelimporte von Spar seien nicht zu berücksichtigen, an anderen Stellen werde hingegen festgehalten, die Parallelimporte seien berücksichtigt worden. Die Vorinstanz verweist auf die angefochtene Verfügung.

**5.9.2** In den von der Beschwerdeführerin angeführten Randnummern hat die Vorinstanz zum einen die Importe von Spar bei der räumlichen Markt-  
abgrenzung, der Untersuchung des Intra-brand-Wettbewerbs sowie bei der  
Berücksichtigung der Art und Schwere des Verstosses in ihre Beurteilung  
miteinbezogen (Rn. 204, 250, 252, 359). Zum anderen ist sie in den Rn.  
107, 313 und 343 auf das Argument der vorinstanzlichen Parteien einge-  
gangen, wonach Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages zwischen ihnen nicht gelebt  
worden sei, was sich an den Parallelimporten von Spar zeige. Hierzu hält  
sie fest, Spar sei nicht zu berücksichtigen bei der Frage, ob Gebro Passiv-  
anfragen aus der Schweiz direkt bedient habe, da Spar aus den in der Ver-  
fügung angeführten Gründen als Spezialfall anzusehen sei. "Nicht berück-  
sichtigen" heisst in diesem Zusammenhang nicht unberücksichtigt lassen.  
Damit wird vielmehr ausgedrückt, das Argument, Spar habe *indirekt* über  
ein Drittunternehmen importiert, könne nicht als Beleg dafür dienen, dass  
*direkte* Parallelimporte im untersuchungsrelevanten Zeitraum stattfanden.  
Zudem ist es nicht widersprüchlich und verletzt auch nicht den Untersu-  
chungsgrundsatz, wenn die Vorinstanz trotz dieses Schlusses im Rahmen  
der räumlichen Markt-  
abgrenzung, bei der Untersuchung des Intra-brand-  
Wettbewerbs sowie bei der Berücksichtigung der Art und Schwere des  
Verstosses die Parallelimporte von Spar in ihre Beurteilung miteinbezogen  
hat.

## **5.10**

**5.10.1** Schliesslich liegt nach Ansicht der Beschwerdeführerin ein Verstoss  
gegen den Untersuchungsgrundsatz vor, weil die Vorinstanz aktenwidrige  
Behauptungen über ihre Markt-beteiligungen im Ausland aufgestellt habe.  
Die Beschwerdeführerin und ihre Tochtergesellschaften würden auch aus-  
serhalb von Österreich über unabhängige Vertriebspartner verfügen, also  
Dritte, welche Elmex rot an Vertriebspartner oder Konsumenten verkauf-  
ten. Damit sei die Beschwerdeführerin "im Ausland *nicht direkt am Markt*  
gegenüber Konsumenten tätig". Die gegenteilige Behauptung in Rn. 10 der  
angefochtenen Verfügung sei falsch und aktenwidrig. Die Vorinstanz trägt  
vor, sie habe nie behauptet, die Beschwerdeführerin würde im Ausland di-  
rekt an Endkunden verkaufen, sondern lediglich festgehalten, dass diese  
in den umliegenden Ländern, ausser in Österreich, mit gruppeneigenen  
Gesellschaften tätig sei. Zudem habe sie nie behauptet, dass diese Toch-  
tergesellschaften Elmex rot direkt an Endkunden verkaufen würden.

**5.10.2** In Rn. 10 der angefochtenen Verfügung wird folgendes ausgeführt:  
"Gaba ist in allen an die Schweiz angrenzenden Ländern mit gruppeneige-  
nen Gesellschaften am Markt tätig. Eine Ausnahme bildet Österreich, wo

Gebro im Rahmen eines Lizenzvertrages sowohl für die Produktion als auch für den Vertrieb von Gaba-Produkten verantwortlich ist." Diese Aussage entspricht den auf der Website der Beschwerdeführerin aufgeführten Informationen ([http://www.gaba.ch/htm/503/de\\_CH/Laenderpraesenz.htm](http://www.gaba.ch/htm/503/de_CH/Laenderpraesenz.htm); zuletzt besucht am 19. Dezember 2013). Die Ausführungen in Rn. 10 der angefochtenen Verfügung sind demnach weder falsch noch aktenwidrig, weswegen auch hier die Beschwerdeführerin mit ihrer Rüge zur Verletzung der Untersuchungsmaxime nicht durchzudringen vermag.

**5.11** Nach dem Gesagten liegt keine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes vor. Sämtliche formellen Rügen der Beschwerdeführerin hierzu sind zurückzuweisen. Ob die im Rahmen der geltend gemachten Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes vorgetragene materiellen Rügen begründet sind, wird im Rahmen der materiellen Prüfung beurteilt.

## **6. RÜGE DER VERLETZUNG DER UNSCHULDSVERMUTUNG**

### **6.**

#### **6.1**

**6.1.1** Die Beschwerdeführerin bringt schliesslich in formeller Hinsicht unter dem Titel "Verletzung der strafrechtlichen Unschuldsvermutung" vor, sie sei in mehrfacher Hinsicht im Sommer/Herbst 2009 durch eine Medienkampagne der Anzeigerin vorverurteilt worden. Eine Vorverurteilung sei auch aufgrund der öffentlichen Äusserungen von Mitarbeitern des Sekretariats sowie der Vorinstanz im vorliegenden Fall erfolgt. Zudem habe das Schweizer Fernsehen vor Eröffnung der Verfügung an die Parteien von deren Inhalt erfahren, was ebenfalls eine Verletzung der strafrechtlichen Unschuldsvermutung darstelle.

Die Beschwerdeführerin vermischt bei ihrer Rüge den Grundsatz der Unschuldsvermutung mit dem Anspruch auf Beurteilung durch eine unbefangene Entscheidungsinstanz. Unter ersterem Grundsatz fällt die Frage, ob durch die Medienkampagne der Anzeigerin und durch die öffentlichen Äusserungen von Mitgliedern des Sekretariats und der Vorinstanz eine Vorverurteilung stattgefunden hat. Hinsichtlich des zweiten Grundsatzes ist zu prüfen, ob sich aus der Medienkampagne eine Befangenheit der Vorinstanz ergab bzw. ob sich eine Befangenheit aus den öffentlichen Äusserungen der Mitarbeiter der Vorinstanz und des Sekretariates erkennen lässt.

**6.1.2** Die strafrechtliche Unschuldsvermutung wird in Anknüpfung an Art. 6 Ziff. 2 EMRK sowie Art. 14 Abs. 2 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966 (UNO-Pakt II; SR 0.103.2) durch Art. 32 Abs. 1 BV garantiert. Diese Norm statuiert unter dem Titel "Strafverfahren": "Jede Person gilt bis zur rechtskräftigen Verurteilung als unschuldig." Die Unschuldsvermutung ist sowohl Beweislast- als auch Beweiswürdigungsregel. Als Beweislastregel bedeutet die Maxime, dass es Sache der Anklagebehörde ist, die Schuld des Angeklagten zu beweisen, und nicht dieser seine Unschuld nachweisen muss. Als Beweiswürdigungsregel besagt sie, dass sich der Strafrichter nicht von der Existenz eines für den Angeklagten ungünstigen Sachverhalts überzeugt erklären darf, wenn bei objektiver Betrachtung erhebliche und nicht zu unterdrückende Zweifel bestehen, ob sich der Sachverhalt so verwirklicht hat (BGE 127 I 38 E. 2a m.w.H.).



**6.1.3** Nach ständiger Rechtsprechung ist die Unschuldsvermutung nur in Verfahren mit Strafcharakter anwendbar ("procédure de caractère pénal"; vgl. statt vieler BGE 121 II 257 E. 4b; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4781/2011 vom 10. Juli 2012 E. 4.2). Wie der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) festgestellt hat, haben im Administrativverfahren verhängte Kartellbussen einen "caractère pénal" (EGMR, Urteil *Menarini/Italien* vom 27. September 2011, Beschwerde-Nr. 43509/08, noch nicht veröffentlicht, Rn. 44; so auch der EFTA-Gerichtshof im Urteil E-15/10, *Posten Norge*, EFTA Ct. Report [2012] S. 246, Rn. 88). Allerdings hat der EGMR im selben Fall festgehalten, dass die Natur eines Verwaltungsverfahrens auf viele Arten von der Natur eines Strafverfahrens im engen Sinne des Wortes abweichen kann. Auch wenn diese Differenzen die Vertragsstaaten nicht von ihrer Verpflichtung entbinden würden, alle strafrechtlichen Garantien von Art. 6 EMRK zu erfüllen, hätten sie trotzdem Einfluss auf die Bedingungen der Anwendung dieser Garantien (EGMR, Urteil *Menarini/Italien* vom 27. September 2011, Beschwerde-Nr. 43509/08, noch nicht veröffentlicht, Rn. 62). Auch das Bundesgericht ist in "Publigroupe" in Anlehnung an die europäische, höchstrichterliche Rechtsprechung zum Schluss gekommen, dass Massnahmen nach Art. 49a KG über einen "strafrechtlichen bzw. strafrechtsähnlichen Charakter" verfügen (BGE 139 I 72 "Publigroupe" E. 2.2.2; vgl. zu dieser Frage auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2977/2010 vom 27. April 2010 "Publigroupe" E. 8.1.3; sowie BVGE 2011/32 "Swisscom" E. 4.2). Dies entspricht im Übrigen auch dem Willen des schweizerischen Gesetzgebers (vgl. BBl 2002 2052). Die entsprechenden Garantien von Art. 6 EMRK und Art. 32 BV sind demnach im Kartellrecht grundsätzlich anwendbar. Das bedeutet indes nicht, dass es sich beim Kartellrecht um Strafrecht handelt. Vielmehr ist das Kartellverfahren ein Administrativverfahren, welches strafrechtliche Aspekte aufweisen kann. Folglich ist über die Tragweite der Garantien von Art. 6 EMRK und Art. 32 BV jeweils bei der Prüfung der einzelnen Garantien zu befinden.

**6.1.4** Adressaten der Unschuldsvermutung sind sowohl die rechtsanwendenden Instanzen als auch politische Behörden. Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist auch bei Pressedarstellungen über hängige Strafverfahren dem Grundgedanken der Unschuldsvermutung prinzipiell Rechnung zu tragen, wobei offen ist, ob sich dies direkt aus Art. 6 Ziff. 2 EMRK herleitet oder im Sinne der Lehre von der indirekten Drittwirkung angenommen wird, dass die Unschuldsvermutung prinzipiell überall Geltung haben muss, oder ob man den Gesichtspunkt der Unschuldsvermutung bei der Konkretisierung des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes des

Beschuldigten heranzieht. In Verbindung mit Art. 8 EMRK, welcher das Privatleben und damit das Persönlichkeitsrecht schützt, ergibt sich die Verpflichtung des Staates, zivilrechtliche Möglichkeiten zum Schutz gegen Presseveröffentlichungen zur Verfügung zu stellen, die es dem Einzelnen ermöglichen, Vorverurteilungen in der Presse abzuwehren. Aus dem Prinzip der Unschuldsvermutung ist ein Gebot gegenüber dem Staat abzuleiten, durch positive Massnahmen dafür Sorge zu tragen, dass die Presse bei der Berichterstattung über hängige Strafverfahren sich in den Grenzen der gebotenen Sachlichkeit hält (BGE 116 IV 31 E. 5aa). Hinsichtlich der Garantie der verfassungsmässigen, unabhängigen und unparteiischen Entscheidungsinstanz i.S.v. Art. 29 Abs. 1 i.V.m. Art. 8 und 30 Abs. 1 BV ist festzustellen, dass nach höchstrichterlicher Rechtsprechung eine Medienkampagne und politische Interventionen für sich alleine nicht genügen, um eine Befangenheit der entscheidenden Behörde zu begründen. Auch gilt, dass "l'accesso ai mezzi d'informazione non basta per influenzare i membri di un tribunale e mettere in dubbio la loro indipendenza e la loro obiettività". Es müssen im konkreten Fall objektive Anzeichen für die Beeinflussung der urteilenden Instanz vorliegen (vgl. BGE 116 Ia 14 E. 7b f.).

## **6.2**

**6.2.1** Die Beschwerdeführerin trägt in diesem Zusammenhang erstens vor, die Anzeigerin habe für nur einige wenige Tagen eine Preisaktion für Elmex rot lanciert mit dem Slogan "Endlich: Elmex-Zahnpasta zu einem bissigen Preis". Die Vorinstanz habe durch die Werbung der Anzeigerin unter starkem medialen und politischen Druck gestanden, die Beschwerdeführerin zu verurteilen. Damit habe die Vorinstanz die Unschuldsvermutung verletzt.

**6.2.2** Die Vorinstanz hebt einleitend hervor, sie habe während der Untersuchung zu keinem Zeitpunkt (weder materiell noch formell) festgestellt, dass die Gebietsschutzabrede unzulässig sei. Auch habe sie zu keinem Zeitpunkt vor Erlass der Verfügung in der Öffentlichkeit materielle Kommentare zum laufenden Verfahren abgegeben. Es sei weder un- noch aussergewöhnlich, dass die Anzeigerin einen gewissen medialen Druck aufgebaut habe. Erstens sei sie stärker betroffen gewesen als andere Detailhändler, andererseits sei sie in den Medien regelmässig präsent. Die Vorinstanz habe die in Frage stehende Abrede aus volkswirtschaftlicher Sicht beurteilt, gestützt auf die im Recht liegenden Beweismittel, unabhängig vom Interesse der Anzeigerin.

**6.2.3** Wie oben (E. 6.1.4) ausgeführt, richtet sich die Unschuldsvermutung nur indirekt an Dritte. Es besteht für den Staat gemäss Praxis des Bundesgerichts allerdings eine Verpflichtung, Möglichkeiten zur Verfügung zu stellen, mit denen Betroffene sich gegen ihrer Ansicht nach unlautere Werbung zur Wehr setzen können. Der Schweizer Gesetzgeber hat dies mit Erlass des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 (UWG, SR 241) getan. In Art. 9 UWG werden zivilrechtliche und in Art. 23 ff. UWG strafrechtliche Behelfe zur Verfügung gestellt. Zudem unterhält die Schweizer Werbebranche eine Selbstkontrolle; jede Person kann sich bei der Lauterkeitskommission über Werbung beschweren, die ihrer Meinung nach unlauter ist. Es kann offen bleiben, ob die von der Beschwerdeführerin zitierte Werbung tatsächlich unlauter im Sinne des Gesetzes war. Jedenfalls standen ihr mehrere Möglichkeiten zur Verfügung, gegen diese vorzugehen. Zudem ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin rügt, die *Vorinstanz* habe die Unschuldsvermutung verletzt, weil die *Anzeigerin* eine Medienkampagne führte. Diesem Argument kann nicht gefolgt werden. Es ist nicht Aufgabe der Vorinstanz (und es existiert dafür auch keine Rechtsgrundlage), die Werbestrategie von durch eine kartellrechtliche Untersuchung betroffenen Unternehmen während der Untersuchung zu kontrollieren. Im Gegenteil hätte es an der anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin selbst gelegen, mit den aufgezeigten Möglichkeiten sich gegen die Medienkampagne der Anzeigerin zur Wehr zu setzen. Sofern die Beschwerdeführerin mit diesem Vorbringen gelten machen will, die Vorinstanz sei durch die Medienkampagne in ihrer Entscheidungsfindung befangen gewesen, stellt das Bundesverwaltungsgericht fest, dass objektive Anzeichen für die Beeinflussung der urteilenden Instanz durch die Medienkampagne der Anzeigerin fehlen. Die Rüge, die Unschuldsvermutung und das Recht der Beschwerdeführerin auf eine unabhängige und unparteiische Entscheidungsinstanz seien durch die Werbung der Anzeigerin zur Preisaktion für Elmex rot verletzt worden, ist nach dem Gesagten von der Hand zu weisen.

### **6.3**

**6.3.1** Zweitens ist nach Ansicht der Beschwerdeführerin die Unschuldsvermutung verletzt, weil die Anzeigerin in den Printmedien und im Fernsehen eine Kampagne gegen sie losgetreten habe und sie öffentlich bei jeder sich bietenden Gelegenheit beschuldigt habe, Parallelimporte zu behindern. Als Belege nennt die Vorinstanz zwei "Kassensturz"-Sendungen, eine vom 22. September 2009 und eine vom 24. November 2009. Für das Schweizer Fernsehen sei klar gewesen: "Die Weko muss ein Zeichen setzen." Aus

act. 393 erhelle zudem, dass auch die Vorinstanz die Kampagne als relevant erachtet habe, da sie im Nachgang zur Sendung "Kassensturz" vom 22. September 2009 mit dem Einkaufschef der Anzeigerin telefoniert habe. Die Vorinstanz bringt zu dieser Rüge im Wesentlichen dasselbe wie unter E. 6.2.2 ausgeführt vor. Es kann darauf verwiesen werden.

**6.3.2** Wie bereits unter E. 6.2.3 festgestellt, kann die Vorinstanz nicht dadurch die Unschuldsvermutung verletzen, dass die Anzeigerin gegen die Beschwerdeführerin eine Medienkampagne gefahren hat. Die Beschwerdeführerin bringt zudem keine Belege vor, welche objektive Zweifel an der Unabhängigkeit der Vorinstanz aufkommen lassen würden. Insbesondere act. 393 kann nicht als Beweis für die fehlende Unabhängigkeit der Vorinstanz herangezogen werden. In diesem Schreiben der Anzeigerin an das Sekretariat der Vorinstanz wird einleitend festgehalten: "Am 23.09.09 haben sie mich wegen des Berichts des Kassensturzes im Schweizer Fernsehen vom 22.09.09 zur eingangs erwähnten Sache angerufen. Im Nachgang zur telefonischen Besprechung erlaube ich mir, folgendes festzuhalten: [...]. Tatsache ist, dass es in der Schweiz mehr Aktionen gibt als im umliegenden Ausland, insbesondere in Deutschland. Daraus scheinen Sie zu schliessen, dass die Einkaufspreise für die Detailhändler in der Schweiz nicht höher seien als im umliegenden Ausland. Das ist jedenfalls im vorliegenden Fall Elmex nicht zutreffend: [...]." Es folgen Ausführungen zu den Preisunterschieden für Elmex rot zwischen der Schweiz und dem umliegenden Ausland aus Sicht der Anzeigerin. Der Text lässt erkennen, dass der stellvertretende Direktor des Sekretariats der Vorinstanz anderer Auffassung über die Preisunterschiede zwischen der Schweiz und dem umliegenden Ausland war als der Vertreter der Anzeigerin. Es lässt sich jedoch nicht erkennen, dass er zu dieser Auffassung aufgrund des "Kassensturz"-Beitrages gelangte. Vielmehr geht aus dem ersten Satz hervor, dass der stellvertretende Direktor diese Annahme traf, da es in der Schweiz mehr Aktionen als im umliegenden Ausland gibt. Diese Information stammt aus den Antworten zu den vom Sekretariat der Vorinstanz versandte Fragebögen (siehe bspw. act. 83, Frage 6 und 7; act. 87, Frage 9 und 10). Ausserdem kann nicht aus der Tatsache, dass die Vorinstanz einen Beitrag in den öffentlichen Medien verfolgte, auf deren mangelnde Unabhängigkeit geschlossen werden. Dies hat umso mehr zu gelten, wenn – wie vorliegend – die Behörde im Anschluss an einen solchen Beitrag selbst Nachforschungen zu den im Medienbeitrag diskutierten Fragen anstellt. Im Übrigen ist festzuhalten, dass nicht das Schweizer Fernsehen von der Vorinstanz forderte, ein Zeichen zu setzen, sondern dass in dem von der Beschwerde-

führerin genannten "Kassensturz"-Beitrag vom 24. November 2009 die damalige Ständerätin und Präsidentin der Stiftung für Konsumentenschutz, Simonetta Sommaruga, sich mit diesem Satz zitieren liess. Auch in diesem Punkt kann keine Verletzung der Unschuldsvermutung und der Garantie auf eine verfassungsmässige Entscheidungsinstanz erblickt werden.

## **6.4**

**6.4.1** Drittens sieht die Beschwerdeführerin die Unschuldsvermutung als verletzt an, weil die Vorinstanz bereits Anfang 2009 gegenüber den Medien eine baldige Entscheidung angekündigt habe, so in der Handelszeitung vom 28. Januar - 3. Februar 2009 und in der Sonntagszeitung vom 5. Juli 2009. Das Kartellgesetz biete keine Grundlage, laufende Verfahren in der Öffentlichkeit zu diskutieren, um politischen Druck abzuwenden. Die Vorinstanz bringt zu dieser Rüge im Wesentlichen dasselbe wie unter E. 6.2.2 ausgeführt vor. Es wird darauf verwiesen.

**6.4.2** Gemäss Art. 49 Abs. 1 KG informieren das Sekretariat der Vorinstanz sowie die Vorinstanz selbst die Öffentlichkeit über ihre Tätigkeit. Hierdurch soll die schweizerische Wettbewerbspolitik transparenter gestaltet werden (BBl 1995 I 619). Nach dem Wortlaut der Bestimmung haben die Behörden allgemein über ihre Tätigkeit zu informieren. Dass mit dieser Norm nicht nur abgeschlossene Verfahren bzw. erlassene Verfügungen gemeint sind, ergibt sich aus Art. 48 Abs. 1 KG, welcher bereits die Veröffentlichung von Entscheiden regelt. Mit Art. 49 Abs. 1 KG haben die Vorinstanz und ihr Sekretariat einen gesetzlichen Auftrag erhalten, über die Veröffentlichung ihrer Verfügungen hinaus die Publizität ihrer Aktivitäten sicherzustellen (vgl. auch Art. 8 Bst. d sowie Art. 15 des Geschäftsreglements der Wettbewerbskommission vom 1. Juli 1996 [GR-WEKO, SR 251.1]). Dazu können Empfehlungen, Stellungnahmen und Gutachten zählen (vgl. Art. 45 ff. KG; s. auch Art. 59a KG und die auf der Homepage der Vorinstanz abrufbaren Unterlagen zur Evaluation und Revision des Kartellgesetzes). Aber auch Medienmitteilungen, Pressekonferenzen oder die Beantwortung von Anfragen der Presse fallen unter den Wortlaut des Art. 49 Abs. 1 KG. Zentral ist, dass die Vorinstanz und ihr Sekretariat bei der Orientierung der Öffentlichkeit stets ausgewogen vorgehen und das Amts- und Geschäftsgeheimnis wahren (Art. 25 KG).

**6.4.3** In dem ins Recht gelegten Artikel der Handelszeitung findet sich folgender Text: "Mit Spannung wird [...] der erste Leitentscheid erwartet, den die Weko aufgrund des revidierten Kartellrechts fällen wird. Dies dürfte nach Auskunft des stellvertretenden Direktors Patrik Ducrey demnächst

der Fall sein." Entgegen dem Vorbringen der Beschwerdeführerin wurde der vorliegende Fall durch die Vorinstanz nicht in der Öffentlichkeit diskutiert. Vielmehr wurde offenbar der stellvertretende Direktor des Sekretariats von der Zeitung angefragt, wann mit einer Entscheidung zu rechnen sei. Dieser kommentierte das Verfahren selbst nicht. Er gab auch keine konkreten Informationen zum Verfahrensstand oder den Untersuchungsergebnissen preis, sondern beschränkte sich auf den oben genannten Hinweis. Wie bereits ausgeführt, haben die Vorinstanz und ihr Sekretariat die gesetzliche Pflicht, die Öffentlichkeit über ihre Tätigkeit zu informieren, wozu auch die Beantwortung von Pressefragen zu zählen ist. Durch den Kommentar in der Handelszeitung wurde nach dem Gesagten die Unschuldsvermutung nicht verletzt. Auch im Artikel in der Sonntagszeitung kann keine solche Verletzung erblickt werden. Es wird dort lediglich ausgeführt: "Die Wettbewerbskommission (Weko) entscheidet am 6. Juli über den Streit zwischen Denner und der Elmex-Zahnpasta-Produzentin Gaba." Aus der Passage geht nicht hervor, woher diese Information stammt, also ob sie überhaupt von der Vorinstanz weitergeleitet wurde. Gegen diese Annahme spricht die Tatsache, dass die Parteien am 7. Juli 2009 aufgefordert wurden, Stellung zu nehmen für den Fall, dass die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs widerlegt werden könne. Es ist unwahrscheinlich, dass angesichts dieses Verfahrensstandes ein Mitglied der Vorinstanz einen Entscheid auf den 6. Juli 2009 angekündigt hat. Sofern die Beschwerdeführerin über die Verletzung der Unschuldsvermutung hinaus geltend macht, aus den beiden von ihr ins Recht gelegten Zeitungspassagen sei eine Befangenheit der Vorinstanz zu erkennen, ist sie ebenfalls nicht zu hören. Wie ausgeführt, beschränkte sich der Stellvertretende Direktor des Sekretariates gegenüber der Handelszeitung auf den Hinweis, dass demnächst mit einer Entscheidung zu rechnen sei. Es ist nicht nachvollziehbar, wenn die Beschwerdeführerin in diesem sehr allgemein gehaltenen Hinweis eine Befangenheit der Vorinstanz bzw. dessen Sekretariat sieht. Dies gilt a fortiori für den Artikel in der Sonntagszeitung, dessen Ursprung nicht der Vorinstanz bzw. dem Sekretariat zugeordnet werden kann. Demnach ist auch in Bezug auf die beiden Zeitungsartikel die Rüge der Verletzung der Unschuldsvermutung und der Garantie auf eine verfassungsmässige Entscheidungsinstanz zurückzuweisen.

## **6.5**

**6.5.1** Viertens rügt die Beschwerdeführerin eine Verletzung der Unschuldsvermutung, weil die Sendung "Kassensturz" vor Eröffnung der Verfügung gewusst habe, dass es etwas zu berichten gebe. Die Vorinstanz liess sich hierzu nicht vernehmen.

**6.5.2** Wie unter der sachverhaltlichen Erwägung B.g.a festgehalten, wurde die angefochtene Verfügung am 7. Dezember 2009 versandt und am 8. Dezember 2009 zugestellt. Die Öffentlichkeit wurde mit Medienmittelung vom 8. Dezember 2009 informiert. Somit hat das Schweizer Fernsehen am Tag der Eröffnung der angefochtenen Verfügung über den Fall berichtet und nicht wie die Beschwerdeführerin geltend macht vor der Eröffnung. Es ist im Übrigen widersprüchlich, wenn die Beschwerdeführerin einerseits schreibt, in der Sendung "Kassensturz" vom 8. Dezember 2009 sei vor Eröffnung der angefochtenen Verfügung darüber berichtet worden, und gleichzeitig eine Verletzung der Unschuldsvermutung rügt, weil der Präsident der Vorinstanz in der besagten Sendung "am Tag der Eröffnung der angefochtenen Verfügung" erschienen sei (s. unten E. 6.6). Folglich ist auch in diesem Punkt eine Verletzung der Unschuldsvermutung zu verneinen.

## **6.6**

**6.6.1** Schliesslich führt die Beschwerdeführerin aus, die Vorinstanz habe die Unschuldsvermutung dadurch verletzt, dass der Präsident der Vorinstanz am Tag der Eröffnung der angefochtenen Verfügung persönlich in der Sendung "Kassensturz" erschienen sei und den Fall vor laufender Kamera diskutiert habe. Bemerkenswert sei zudem, dass die Fakten des Falles einmal mehr und wie bereits an der Jahrespressekonferenz vom 16. Februar 2007 falsch präsentiert worden seien. In der ganzen Sendung werde auch durch den Präsidenten der Vorinstanz zu Unrecht auf eine Tochtergesellschaft der Beschwerdeführerin in Österreich verwiesen.

**6.6.2** Die Vorinstanz entgegnet, der Auftritt des Präsidenten sei mehr als eine Woche nach dem Entscheid der Vorinstanz erfolgt, so dass von einer Vorverurteilung bereits aus diesem Grund nicht die Rede sein könne. Weiter sei die Diskussion am Fernsehen in erster Linie auf die in Art. 49 Abs. 1 KG statuierten Orientierungspflicht zurückzuführen. Im Übrigen seien im Wesentlichen die Eckpunkte des Entscheides erläutert worden, ohne dass auf die Rolle oder das Verhalten der Beschwerdeführerin besonders eingegangen wurde. Es seien die Problematik rund um Parallelimporte erörtert, einige Erklärungen zum Sacherhalt (ohne Details) geliefert sowie die Bedeutung des Entscheides für die Konsumenten und den Detailhandel aufgezeigt worden. Die Diskussion sei kurz ausgefallen und habe keine materiellen Aussagen zu den Beschwerdeführerinnen selber oder deren Verhalten enthalten.

**6.6.3** Wie oben unter E. 6.1 ausgeführt und von der Vorinstanz zu Recht geltend gemacht, gilt die Unschuldsvermutung während des hängigen Verfahrens. Dies ergibt sich bereits aus dem Titel von Art. 32 Abs. 1 BV sowie aus dem Sinn der Garantie, wonach eine Person bis zum Nachweis ihrer Schuld als unschuldig zu gelten hat (Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 186). Selbst wenn anzunehmen wäre, dass die Unschuldsvermutung auch nach Erlass der Entscheidung Anwendung fände, kann in casu nicht gesagt werden, sie sei verletzt. Der Präsident der Vorinstanz gab im Interview keine Informationen preis, welche nicht in der angefochtenen Verfügung selbst enthalten sind. Er beschränkte sich darauf, eine allgemeine Erklärung zum Wettbewerb und zum Wettbewerbsrecht sowie zu Parallelimporten zu geben, und auf Nachfrage einige Punkte der angefochtenen Verfügung zu erklären. Damit ist er der in Art. 49 Abs. 1 KG statuierten Orientierungspflicht unter Wahrung des Amts- und Geschäftsgeheimnisses nachgekommen (siehe oben E. 6.4.2). Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass der Präsident der Vorinstanz zweimal (Minute 5:37 sowie 6:10) vom Moderator zur "österreichischen Tochtergesellschaft" befragt wurde, worauf er in seiner Antwort auf die zweite Frage ebenfalls von der österreichischen Tochtergesellschaft sprach. Hierbei handelt es sich jedoch offensichtlich um einen Versprecher, der in erster Linie auf die inkorrekten Fragen des Moderators zurückzuführen ist. Im Auftritt des Präsidenten der Vorinstanz in der Sendung "Kassensturz" vom 8. Dezember 2009 kann demnach keine Verletzung der Unschuldsvermutung erblickt werden.

**6.7** Nach dem Gesagten sind die Rügen der Beschwerdeführerin, wonach im vorinstanzlichen Verfahren die Unschuldsvermutung sowie die Garantie auf eine verfassungsmässige Entscheidungsinstanz verletzt worden sind, allesamt zurückzuweisen.



## 7. RÜGE DER BEFANGENHEIT

### 7.

**7.1** Die Beschwerdeführerin rügt hinsichtlich der Zusammensetzung der Vorinstanz nicht ausdrücklich eine Verletzung der Ausstandspflicht. Allerdings trägt sie in Rn. 28 ihrer Beschwerde vor: "Gestützt auf die Anzeige von Denner eröffnete das Sekretariat am 10. Mai 2006 eine Vorabklärung gemäss Art. 26 KG. Gemäss Art. 22 Abs. 1 KG war Professor Zäch, Mitglied des Verwaltungsrates von Denner und Mitglied der Wettbewerbskommission verpflichtet, in den Ausstand zu treten. Aus den Akten ergeben sich dazu jedoch keine Hinweise." Die Vorinstanz liess sich zu dieser Frage nicht vernehmen.

**7.2** Nach Art. 22 Abs. 1 KG tritt ein Mitglied der Wettbewerbskommission in den Ausstand, wenn ein Ausstandsgrund i.S.v. Art. 10 VwVG vorliegt. Diese Normen sind eine Konkretisierung des in Art. 29 Abs. 1 BV statuierten Anspruches auf gleiche und gerechte Behandlung sowie auf Beurteilung innert angemessener Frist in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen. Der Anspruch ist formeller Natur; seine Verletzung führt, ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache selber, zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids (vgl. BGE 127 I 128 E. 4d). Unter Verletzung der Ausstandspflicht ergangene Verfügungen und Entscheide sind zunächst gültig. Sie können bei der Rechtsmittelinstanz angefochten werden (vgl. RETO FELLER, in: VwVG-Kommentar, Art. 10 Rn. 34). Um sicherzustellen, dass eine Partei allfällige Ausstandsgründe rügen kann, muss die entscheidende Behörde grundsätzlich möglichst früh ihre Zusammensetzung bekannt geben. Dies kann auch über das Internet oder andere öffentlich leicht zugängliche Quellen geschehen, was im Übrigen auch der Praxis des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts entspricht (vgl. Urteil des Bundesgerichts 8F.5/2013 vom 9. Juli 2013 E. 2.1.1; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-4174/2007 vom 27. März 2008 E. 2.4.2; siehe auch FELLER, in: VwVG-Kommentar, Art. 10 Rn. 35). Nach der Rechtsprechung sind Beschwerde führende Personen gestützt auf den auch für Private geltenden Grundsatz von Treu und Glauben und das Verbot des Rechtsmissbrauchs (Art. 5 Abs. 3 BV) verpflichtet, Ausstandsbegehren frühestmöglich zu stellen. Es verstösst gegen Treu und Glauben, Einwände dieser Art erst im Rechtsmittelverfahren vorzubringen, wenn der Mangel schon vorher hätte festgestellt und gerügt werden können. Wer den Mangel nicht unverzüglich vorbringt, wenn er davon Kenntnis erhält, sondern sich stillschweigend auf ein Verfahren einlässt, verwirkt den Anspruch auf spätere Anrufung der vermeintlich verletzten Ausstandsbestimmungen (BGE 132 II 485 E. 4.3 m.w.H.).

**7.3** Die Vorinstanz besteht aus 11-15 Mitgliedern, wobei die Mehrheit unabhängige Sachverständige sein müssen. Sie ist beschlussfähig, wenn mindestens die Hälfte ihrer Mitglieder anwesend ist und mehr als die Hälfte der Anwesenden unabhängige Sachverständige sind (vgl. Art. 18 Abs. 2 und Art. 21 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 10 Abs. 1<sup>bis</sup> GR-WEKO). Die Mitglieder der Vorinstanz legen ihre Interessen in einem Interessenbindungsregister offen (Art. 18 Abs. 2<sup>bis</sup> KG). Die Interessenbindungen der Mitglieder der Vorinstanz sind auf deren Homepage abrufbar unter "Die WEKO" → "Kommission" → "Interessenbindungen" (<http://www.weko.admin.ch/>; zuletzt besucht am 19. Dezember 2013).

**7.4** Die Beschwerdeführerin macht geltend, aus den Akten ergebe sich nicht, dass Herr Zäch in den Ausstand getreten sei. Das Bundesverwaltungsgericht stellt fest, dass Roger Zäch Ende 2007 als Mitglied der Vorinstanz zurücktrat (Jahresbericht der Wettbewerbskommission 2007, RPW 2008/1, S. 2). Das Sekretariat unterbreitete der Vorinstanz ihren Antrag am 16. Dezember 2008. Somit war Roger Zäch bereits aus der Vorinstanz ausgeschieden, als der Fall zur Behandlung an die Vorinstanz übertragen wurde. Im Übrigen war der Beschwerdeführerin bekannt, dass Professor Zäch bei der Eröffnung der Vorabklärung am 10. Mai 2006 Mitglied der Vorinstanz war und zugleich im Verwaltungsrat der Anzeigerin sass. Selbst wenn dies nicht zuträfe, wäre es vorliegend nach dem unter E. 7.3 Ausgeführten ein Leichtes gewesen, sich über die Interessenbindungen der Kommissionsmitglieder zu informieren und gegebenenfalls eine diesbezügliche Anfrage an die Vorinstanz zu richten. Zudem musste die anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin angesichts der Zusammensetzung der Vorinstanz damit rechnen, dass Professor Zäch – wäre er nicht aus der Vorinstanz ausgeschieden – an der Beschlussfassung teilnehmen könnte (vgl. Urteil des Bundesgerichts 8F.5/2013 vom 9. Juli 2013 E. 2.1.1). Da die Interessenbindung bereits bei der Eröffnung der Vorabklärung am 10. Mai 2006 öffentlich bzw. der Beschwerdeführerin bekannt war, hätte sie vor der Vorinstanz den Ausstand des besagten Kommissionsmitgliedes verlangen müssen. Aus alledem folgt, dass die Beschwerdeführerin mit ihrem Vorbringen nicht zu hören ist.

### **Zwischenfazit: keine Verletzung formeller Rechte**

Das Bundesverwaltungsgericht stellt nach dem bisher Gesagten fest, dass die Beschwerdeführerin, vorbehaltlich des in E. 4.2.5 Ausgeführten, mit ihren formellen Rügen nicht durchzudringen vermag. In einem weiteren

Schritt sind die materiellen Vorbringen der Beschwerdeführerin zu untersuchen.

## **Materielle Rügen**

In materieller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin die fehlerhafte Anwendung von Art. 5 Abs. 4 KG (E. 8), die Marktabgrenzung durch die Vorinstanz (E.9), die Begründung der Widerlegung der Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung (E.10), die Analyse der Erheblichkeit der Wettbewerbsbeschränkung (E.11), die Untersuchung des Kausalzusammenhanges (E.12), die Nichtberücksichtigung von Rechtfertigungsgründen (E. 13) sowie die Sanktionsbemessung (E. 14).

## **8. ANWENDUNG VON ART. 5 ABS. 4 KG**

**8. Art. 5 KG definiert unzulässige Wettbewerbsabreden wie folgt:**

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> Wettbewerbsabreden sind 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.

<sup>3</sup> Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird bei folgenden Abreden vermutet, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen:

- a. Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen;
- b. Abreden über die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen;
- c. Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern.

<sup>4</sup> Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird auch 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.

Die Beschwerdeführerin macht in verschiedener Hinsicht eine fehlerhafte Anwendung des Kartellgesetzes und insbesondere des Art. 5 Abs. 4 KG geltend. Im nachfolgenden wird auf die einzelnen Rügen eingegangen.

#### **i. ANWENDUNGSBEREICH DER NORM**

##### **8.1**

**8.1.1** Die Beschwerdeführerin führt zur Anwendbarkeit des Art. 5 Abs. 4 KG einleitend aus, mangels spürbarer Auswirkungen sei das Kartellgesetz gemäss Art. 2 Abs. 2 KG auf den vorliegenden Sachverhalt nicht anwendbar und die Vorinstanz nicht zuständig. Diese Rüge ist mit Verweis auf die Ausführungen unter E. 3.3.14 zurückzuweisen. Die Beschwerdeführerin ergänzt, Art. 5 Abs. 4 KG verlange schon von seinem *Wortlaut* her eine tatsächliche Auswirkung, was auch das Bundesgericht bestätigt habe. Sie führt ferner aus, es sei nicht nachvollziehbar, warum die Vorinstanz für die Zeit vor dem 1. September 2006 allein wegen der anderen vertraglichen Grundlage anders entschieden habe. Die Vorinstanz lässt sich dazu nicht vernehmen.

**8.1.2** Zum Vorbringen, Art. 5 Abs. 4 KG verlange von seinem *Wortlaut* her eine tatsächliche Auswirkung, ist auf diesen zu verweisen: "Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird auch 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." Die Norm enthält folglich die Begriffe "tatsächlich" und "Auswirkung" nicht. Vielmehr statuiert sie, dass die Vermutung greift, wenn eine Abrede vorliegt, welche den Passivverkauf verbietet (siehe PETER REINERT, in: Baker-Kommentar KG, Art. 5 Rn. 33; PATRICK L. KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER, in: BSK-KG, Art. 5 Rn. 557). Dabei sind die Auswirkungen der Abrede nicht bereits bei der Frage zu prüfen, ob die Abrede von Art. 5 Abs. 4 KG erfasst wird. Erst im Rahmen der Prüfung, ob die Vermutung umgestossen werden kann, ist zu untersuchen, ob bzw. wie die Abrede den Wettbewerb beeinträchtigt hat aufgrund der von ihr tatsächlich ausgehenden Auswirkungen (vgl. dazu ausführlich E. 10 und 11). Ferner stellt das Bundesverwaltungsgericht fest, dass bislang keine höchstrichterliche Rechtsprechung zu dem mit der Revision des KG im Jahr 2003 eingeführten Art. 5 Abs. 4 KG existiert. Auch die Beschwerdeführerin legt keinen Bundesgerichtsentscheid ins Recht, sondern beschränkt sich auf den

Hinweis, das Bundesgericht habe ihre Ansicht bestätigt. Es kann somit der Beschwerdeführerin nicht gefolgt werden, wenn sie vorträgt, das Bundesgericht habe entschieden, dass Art. 5 Abs. 4 KG vom Wortlaut her eine tatsächliche Auswirkung verlange. Im Gegenteil hat das Bundesgericht sich im "Sammelrevers"-Fall, also vor Einführung des Art. 5 Abs. 4 KG dahingehend geäußert, dass die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung i.S.v. Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG greift, wenn eine Abrede über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen vorliegt. Dabei ist die Wirkung entscheidend und nicht die verwendeten Mittel. Dies bedeutet aber nicht, dass bereits bei der Frage der Anwendung der Norm die Auswirkungen der Abrede zu prüfen sind. Vielmehr hat auch das Bundesgericht die Abrede dahingehend untersucht, ob sie von ihrer Natur her den Preiswettbewerb auszuschalten vermochte, was es bejahte. Erst in einem Folgeschritt wurde analysiert, ob tatsächlich eine Beseitigung vorlag oder ob durch den Nachweis genügenden Wettbewerbs die Vermutung umgestossen werde (BGE 129 II 18 "Sammelrevers" E. 6.5.4 f. und 7 f.). In diesem Sinne ist auch Art. 5 Abs. 4 KG auszulegen (vgl. dazu ausführlich E. 10 und 11).

**8.1.3** Vorliegend hatte die Beschwerdeführerin mit Gebro in Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages vom 1. Februar 1982 vereinbart, dass Letzerer der aktive und passive Verkauf von Elmex rot aus Österreich und somit auch in die Schweiz (vgl. E. 3.3.3) untersagt war. Damit wurde im Sinne des Gesetzes eine Gebietszuweisung vorgenommen, die bereits von ihrer Natur her von Art. 5 Abs. 4 KG erfasst wird. Ob die von der Abrede ausgehenden Wirkungen tatsächlich den Wettbewerb beseitigen, ist nicht an dieser Stelle zu prüfen (siehe unten, E. 10 und 11). Die Vorbringen der Beschwerdeführerin sind somit von der Hand zu weisen.

## **ii. ANWENDUNG VON ART. 5 ABS. 4 KG BEI INDIREKTER GEBIETSZUWEISUNG**

### **8.2**

**8.2.1** Die Beschwerdeführerin macht des Weiteren geltend, der Lizenzvertrag vom 1. Februar 1982 werde weder vom Wortlaut noch von Sinn und Zweck des Art. 5 Abs. 4 KG erfasst, weil er die Schweiz als Gebiet nicht zuweise und Verkäufe in die Schweiz nicht ausschliesse. Die Vorinstanz lässt sich hierzu nicht vernehmen.

**8.2.2** Wie das Bundesverwaltungsgericht bereits unter E. 3.3.3 festgestellt hat, werden, indem direkte und indirekte Exporte *aus* Österreich verboten werden, auch direkte und indirekte Verkäufe *in* die Schweiz ausgeschlossen. Betreffend die Frage, ob Vertikalabreden von Art. 5 Abs. 4 KG nur

erfasst werden, wenn sie ausdrücklich ein Gebiet zuweisen und Verkäufe in dieses Gebiet ausschliessen, ist daran zu erinnern, dass Art. 5 Abs. 4 KG insbesondere auch die Abschottung des Schweizer Marktes verhindern soll (vgl. BBl 2002 2032; AB 2002 N 1294 ff., 1435). Würde vorausgesetzt, dass jede Gebietsabrede den Wettbewerb vermutungsweise nur beseitigt, wenn sie ausdrücklich einer Partei ein Gebiet zuweist und ausdrücklich Verkäufe in dieses Gebiet verbietet, wäre es nicht nur ein Leichtes, Art. 5 Abs. 4 KG zu umgehen. Eine solche wörtliche Auslegung entspräche auch nicht dem Sinn der Norm, und wird im Übrigen in der Literatur nicht vertreten (vgl. statt vieler KRAUSKOPF/SCHALLER, in: BSK-KG, Art. 5 Rn. 55). Vielmehr wollte der Gesetzgeber mit der Einführung des Art. 5 Abs. 4 KG absolute Gebietsabreden unterbinden, unabhängig davon, ob die Parteien sich die Gebiete ausdrücklich zuteilen oder ob die Zuteilung indirekt erfolgt. Indem die Beschwerdeführerin, die mit Ausnahme von Österreich in den an die Schweiz angrenzenden Ländern mit eigenen Tochtergesellschaften am Markt tätig ist, ihrer Vertragspartnerin vorschrieb, dass diese Elmex rot nicht aus Österreich exportieren dürfe, und sich gleichzeitig als Unternehmung mit Sitz in der Schweiz, welche den Schweizer Markt selbst bewirtschaftet, verpflichtete, Elmex rot nicht nach Österreich auszuführen, hat sie sich indirekt das Gebiet Schweiz zugewiesen. Eine solche Abrede wird von Art. 5 Abs. 4 KG erfasst.

### **iii. ANWENDUNG VON ART. 5 ABS. 4 KG AUF LIZENZVERTRÄGE**

#### **8.3**

**8.3.1** Die Beschwerdeführerin trägt ferner vor, der Lizenzvertrag falle nicht unter Art. 5 Abs. 4 KG, weil er inhaltlich kein Vertriebsvertrag sei, wie das Gesetz es verlange. Aus den parlamentarischen Arbeiten zu der Bestimmung gehe hervor, dass einzig "Vertriebsverträge" erfasst werden sollten. Die Gebietszuweisung im Rahmen von Lizenzabreden habe von Art. 5 Abs. 4 KG ausgeschlossen werden sollen. Die Vorinstanz hätte prüfen müssen, ob der Lizenzvertrag hauptsächlich die Übertragung von geistigen Eigentumsrechten regle. Es gehe nicht, den Vertrag aufgrund des wirklichen Willens der Parteien als Vertriebsvertrag zu qualifizieren, zumal sie diesen nie ermittelt habe. Die Vorinstanz lässt sich hierzu nicht vernehmen.

**8.3.2** In der angefochtenen Verfügung werden Lizenzverträge als Verträge i.S.v. Art. 1 des Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR, SR 220) und als verbindliche und erzwingbare Vereinbarungen nach der Legaldefinition von Art. 4 Abs. 1 KG bezeichnet. Deren Wettbewerbsbeschränkungen seien im Einzelfall anhand der Kriterien von Art. 5 KG zu beurteilen. Lizenzsysteme seien Distributionsformen, welche eine spezifische vertriebliche

Zusammenarbeit enthielten, die deutlich über eine warenbezogene Transaktion hinausgingen. Der Lizenzvertrag stelle mithin eine besondere Vertriebsform dar, dessen kartellrechtliche Beurteilung gemäss Art. 5 KG erfolge. Da mit ihnen Wettbewerbsbeschränkungen verbunden sein könnten, würden sie in der Praxis der EU durch kartellrechtliche Bestimmungen eingegrenzt. In Anwendung des vertragsrechtlichen Grundsatzes "falsa demonstratio non nocet" schliesse alleine die Bezeichnung als Lizenzvertrag nicht dessen Unterwerfung unter Art. 5 Abs. 4 KG aus. Die Wichtigkeit, welche der Vertrieb im Lizenzvertrag vom 1. Februar 1982 einnehme, ergebe sich (i) aus Ziff. 1.2, (ii) aus dem übereinstimmenden Willen der Vertragsparteien, (iii) aus dem Umstand, dass Gebro die Stellung als exklusive Vertriebsgesellschaft in Österreich zukommen sollte, und (iv) aus dem Abschluss des Distribution Agreements für die Zeit nach dem 1. September 2006.

**8.3.3** Nach dem Wortlaut von Art. 5 Abs. 4 KG wird – wie die Beschwerdeführerin zu Recht vorträgt – eine Wettbewerbsbeseitigung nur vermutet bei Abreden in Vertriebsverträgen. Lizenzverträge zählen zu den Verträgen, welche grundsätzlich vom Vorbehalt des Art. 3 Abs. 2 KG erfasst werden, sofern die sich aus den Rechten des geistigen Eigentums ergebenden Beschränkungen ausschliesslich auf dem materiellen Gehalt der angerufenen Rechte basieren. Der legitime Schutzbereich, der durch die Rechte aus dem geistigen Eigentum gesichert wird, soll allerdings nicht zur Verwirklichung von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen missbraucht werden können (BBI 1995 I 541). Lizenzverträge über die Nutzung von Ausschliesslichkeitsrechten aus dem geistigen Eigentum fallen unter den Begriff der Vertikalabrede. Beim Abschluss eines Lizenzvertrages können die Parteien versucht sein, Abreden zu vereinbaren, die in ihrer Wirkung über die Rechte hinausgehen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben. In der Regel ist die Lizenzierung der Ausschliesslichkeitsrechte aus dem geistigen Eigentum nur ein Teilbereich, wenn auch ein zentraler der zwischen den Parteien geplanten oder bestehenden wirtschaftlichen Beziehung. Aus wettbewerbspolitischer Sicht besteht deshalb die Notwendigkeit, bei Lizenzverträgen sorgfältig zu prüfen, ob die Vereinbarung zwischen den Parteien Wettbewerbsbeschränkungen enthält, die aus der Sicht des involvierten Immaterialgüterrechts als inhaltsfremd oder schutzrechtsfremd anzusehen sind (BBI 1995 I 543; siehe auch BBI 2002 2032; vgl. RETO M. HILTY, Lizenzvertragsrecht, Bern 2001, S. 411 f.). Art. 5 Abs. 4 KG findet demnach auf Lizenzverträge mit vertriebsrechtlichen Elementen grundsätzlich Anwendung. Wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen, fällt auch der vorliegende Lizenzvertrag vom 1. Februar

1982 in den Anwendungsbereich der Norm. Bereits aus den in Rn. 102 der angefochtenen Verfügung genannten Elementen geht hervor, dass der Vertrieb von Elmex rot einen zentralen Aspekt des Lizenzvertrages vom 1. Februar 1982 bildete. Nebst den dort genannten Punkten ist auf Ziff. 1.1 zu verweisen, wo unter dem Titel "Vertragsgegenstand" festgehalten wird, dass die Beschwerdeführerin Gebro das alleinige Herstellungs- und Vertriebsrecht überträgt. Auch das Vertragsgebiet wird sowohl für das Herstellungs- als auch das Vertriebsrecht festgelegt (Ziff. 2.1 des Lizenzvertrages). Ferner werden die Verkaufspreise, Marketing und Werbung sowie der Vertrieb selbst umfangreich geregelt (vgl. Ziff. 9, 10 und 11 des Lizenzvertrages). Überdies ist festzustellen, dass auch das in Ziff. 12.1 statuierte Konkurrenzverbot sich sowohl auf die Herstellung von Elmex rot als auch auf dessen Vertrieb bezieht. Schliesslich führt allein die Tatsache, dass der Vertrag von den Parteien als Lizenz- und nicht Vertriebsvertrag bezeichnet wurde, nicht dazu, dass er aus dem Anwendungsbereich des Art. 5 Abs. 4 KG fällt. Denn wie bereits der Gesetzgeber 1995 erkannt hat, bestünde eine erhebliche Missbrauchsmöglichkeit, wenn Lizenzverträge einer Überprüfung per se entzogen wären, nur weil sie von den Parteien als Lizenzverträge bezeichnet wurden. Selbst wenn demnach die Lizenzierung von Rechten einen wichtigen Teil eines Lizenzvertrages ausmacht, kann er dennoch auf allfällige Wettbewerbsbeschränkungen hin überprüft werden. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn wie vorliegend der Vertrieb einen zentralen Aspekt des Vertrages bildet. Auch die Tatsache, dass die Beschwerdeführerin und Gebro für den Zeitpunkt nach dem 1. September 2006 den Vertrieb und die Herstellung von Elmex rot in zwei unterschiedlichen Verträgen geregelt haben ("Distribution Agreement" und "Agreement on the Manufacture of Dental Products") deutet darauf hin, dass die Vertragsparteien selbst annahmen, der bis zum 1. September 2006 geltende Lizenzvertrag habe sowohl die Herstellung als auch den Vertrieb abgedeckt.

**8.3.4** Daran ändern auch die ins Recht gelegten ständerätlichen Voten nichts, in denen darüber diskutiert wurde, ob der Begriff der Marktabschottung verwendet werden oder der Begriff des absoluten Gebietsschutzes in das Gesetz geschrieben werden solle. Keiner der von der Beschwerdeführerin genannten Ständeräte vertrat die Auffassung, Gebietszuweisungen im Rahmen von Lizenzabreden seien zulässig. Im Gegenteil plädierten aus Gründen der Rechtssicherheit alle für die gesetzliche Umschreibung des Begriffes "absoluter Gebietsschutz", weil es einem vertraglich gebundenen Händler erlaubt sein müsse, auf Nachfrage in ein anderes Vertragsgebiet zu verkaufen (vgl. AB 2003 S 318 - 322, 329 f.).



#### **iv. ANWENDUNG VON ART. 5 ABS. 4 KG AUFGRUND DER VERTIKALBEKANNTMACHUNG**

##### **8.4**

**8.4.1** Die Beschwerdeführerin trägt des Weiteren vor, Lizenzverträge würden auch aufgrund von Ziff. 8 Abs. 3 VertBek 07 nicht von Art. 5 Abs. 4 KG erfasst. Auch seien gemäss der damals geltenden europäischen Regelung Gebietszuweisungen im Rahmen von Lizenzverträgen nicht unzulässig gewesen. Hierzu ist einleitend festzustellen, dass es sich bei den Bekanntmachungen der Vorinstanz, wie bei Merkblättern oder Kreisschreiben, um Verwaltungsverordnungen handelt. Ihre Hauptfunktion besteht darin, eine einheitliche und rechtsgleiche Verwaltungspraxis vor allem im Ermessensbereich zu gewährleisten. Auch sind die Bekanntmachungen in der Regel Ausdruck des Wissens und der Erfahrung einer Behörde. Das Bundesverwaltungsgericht ist als verwaltungsunabhängige Gerichtsinstanz (Art. 2 VGG) nicht an Verwaltungsverordnungen gebunden, sondern bei deren Überprüfung frei. In der Rechtspraxis werden Verwaltungsverordnungen vom Richter bei der Entscheidungsfindung mitberücksichtigt, sofern sie eine dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegung der anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen zulassen (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-342/2008 vom 23. Juni 2009 E. 4.1.1 m.w.H.).

**8.4.2** Gemäss Ziff. 8 Abs. 3 VertBek 07 war die Bekanntmachung nicht auf vertikale Vereinbarungen anzuwenden, die Bestimmungen enthalten, welche die Übertragung von geistigen Eigentumsrechten auf den Käufer oder die Nutzung solcher Rechte durch den Käufer betreffen, sofern diese Bestimmungen Hauptgegenstand der Vereinbarung sind und sofern sie sich nicht unmittelbar auf die Nutzung, den Verkauf oder den Weiterverkauf von Waren oder Dienstleistungen durch den Käufer oder seine Kunden beziehen. Diese Auslegung ist angesichts des unter E. 8.3.3 Ausgeführten nicht zu beanstanden. Darüber hinaus stellt das Bundesverwaltungsgericht fest, dass entgegen dem Vorbringen der Beschwerdeführerin bereits die alte VertBek 07 vorsah, dass Lizenzverträge nur nicht erfasst würden, sofern sie zur Hauptsache die Lizenzierung regeln und sofern sie sich nicht unmittelbar auf den Verkauf der Ware beziehen. Dies entsprach auch der damals auf europäischer Ebene herrschenden Rechtslage und Rechtspraxis, wo Passivverkaufsverbote als Kernbeschränkungen galten und noch heute gelten, für die die Freistellung nicht zum Zuge kommt (vgl. E. 11.1.8; siehe auch Art. 2 Abs. 3 i.V.m. Art. 4 Bst. b der Verordnung (EG) Nr. 2790/1999 der Kommission vom 22. Dezember 1999 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen [Vertikal-GVO], ABI. L 336

vom 29. Dezember 1999, S. 21; Leitlinien der Europäischen Kommission für vertikale Beschränkungen [Leitlinien Vertikal-GVO 2000], ABl. C 291 vom 13. Oktober 2000, 1, Rn. 36; Leitlinien der Europäischen Kommission für vertikale Beschränkungen [Leitlinien Vertikal-GVO 2010], ABl. C 130 vom 19. Mai 2010, 1, Rn. 37). Den entsprechenden Vorbringen der Beschwerdeführerin ist demnach nicht zu folgen.

#### **V. ANWENDUNG VON ART. 5 ABS. 4 KG AUF TECHNOLOGIETRANSFERVEREINBARUNGEN**

##### **8.5**

**8.5.1** Die Beschwerdeführerin führt ausserdem aus, der Lizenzvertrag vom 1. Februar 1982 stelle eine zulässige Technologietransfervereinbarung dar im Sinne der Verordnung (EG) Nr. 772/2004 der Kommission vom 27. April 2004 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag auf Gruppen von Technologietransfer-Vereinbarungen (TT-GVO; ABl. L 123 vom 27. April 2004, S. 11), welche aufgrund des Auswirkungsprinzips auch in der Schweiz zur Anwendung gelange. Es handle sich um eine Vereinbarung über die Herstellung von Vertragsprodukten, die Marktanteilsschwelle von 30% sei nicht überschritten, und es liege keine Kernbeschränkung vor. Insbesondere komme die Gegen Ausnahme von Art. 4 Abs. 2 Bst. b Ziff. i TT-GVO nicht zum Tragen. Würde man von einer Lizenzgeberin die explizite Auflistung aller ihr vorbehaltenen Gebiete verlangen, wäre das bei europä- bzw. weltweit operierenden Unternehmen nicht praktikabel. "Vorbehalten" im Sinne der Verordnung bedeute, dass der Lizenzgeber im Exklusivgebiet Inhaber von Schutzrechten sei. Ein expliziter Vorbehalt werde weder vom Wortlaut der Bestimmung verlangt, noch sei ein solcher bei mündlichen Verträgen oder abgestimmten Verhaltensweisen denkbar. Zwar gebe Art. 6 Abs. 2 TT-GVO der Kommission und den Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten das Recht, einer Vereinbarung im Einzelfall den Rechtsvorteil der Freistellung zu entziehen. Indes seien die Voraussetzungen von Art. 6 Abs. 1 TT-GVO nicht erfüllt.

**8.5.2** Die Vorinstanz hält einleitend fest, eine direkte Übernahme der europäischen Regeln in der Schweiz sei aufgrund des Missbrauchsprinzips nicht möglich. Allerdings sollten unter Berücksichtigung der rechtlichen und wirtschaftlichen Bedingungen in der Schweiz möglichst die gleichen Regeln zur Anwendung gelangen wie in der EU. Eine Klausel wie Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages, welches die Schweiz von den übrigen europäischen Ländern abschotte und dadurch zur Hochpreisinsel Schweiz beitrage, sei gemäss dem Willen des Gesetzgebers vermutungsweise geeignet, den wirkamen Wettbewerb zu beseitigen. Solche Klauseln seien in der Schweiz

nicht ohne Einzelprüfung "freistellbar", was nach Ansicht der Vorinstanz auch in der EU gelten würde. Ausserdem liste die Beschwerdeführerin die Umstände für einen Entzug der Freistellung durch die EU-Kommission i.S.v. Art. 6 Abs. 1 TT-GVO auf, und nicht die in casu einschlägigen des Art. 6 Abs. 2 TT-GVO für die Freistellung durch eine nationale Wettbewerbsbehörde. Jedenfalls ergebe sich sowohl aus den Erwägungsgründen (EG) 13 und 16 der TT-GVO als auch aus Art. 101 Abs. 3 AEUV, dass eine Freistellung entzogen würde. Schliesslich habe die Vorinstanz bereits dargelegt, dass die Ausnahme von Art. 4 Abs. 2 Bst. b Ziff. i TT-GVO nicht greife, weil sich die Beschwerdeführerin weder die Schweiz noch Deutschland explizit vorbehalten habe. Es entspreche den allgemeinen Grundsätzen des Gebietsschutzes im Recht der EU, dass eine Gebietszuweisung ausdrücklich erfolgen müsse, was wohl auch für Passivverkaufsverbote in Lizenzverträgen gelte. Im Übrigen verweist die Vorinstanz auf die angefochtene Verfügung.

**8.5.3** Die angefochtene Verfügung kommt in Rn. 163. zum Schluss, in analoger Anwendung der TT-GVO handle es sich beim Lizenzvertrag um eine Technologietransfer-Vereinbarung zwischen Nichtwettbewerbern im Sinne der Verordnung, wobei die Marktanteilsschwelle von 30% auf den relevanten österreichischen Märkten von beiden Parteien nicht überschritten werde. Halte man sich indes die in Rn. 105 aufgezeigte Praxis der EU-Behörden vor Augen, sei es unwahrscheinlich, dass ein Vertrag, welcher zu Marktabschottung führe, freigestellt würde. Selbst bei einer allfälligen Freistellung habe sich die Beschwerdeführerin entgegen dem Wortlaut von Art. 4 Abs. 2 Bst. b Ziff. i TT-GVO weder die Schweiz noch Deutschland explizit vorbehalten. Im Übrigen sei davon auszugehen, dass auch die Voraussetzungen für den Entzug des Rechtsvorteils durch die nationale Wettbewerbsbehörde i.S.v. Art. 6 Abs. 2 TT-GVO gegeben seien.

**8.5.4** Einleitend ist das Argument der Beschwerdeführerin zu untersuchen, dass die Konformität des Lizenzvertrages mit Schweizer Recht anhand der Konformität mit dem Europäischen Recht zu prüfen sei. Dies begründet sie mit dem Auswirkungsprinzip. Wie unter E. 3.3.5 ff. ausgeführt, wird gestützt auf das Auswirkungsprinzip innerstaatliches Recht von innerstaatlichen Gerichten oder Behörden auf Sachverhalte angewendet, die einen extraterritorialen Ursprung haben (vgl. auch E. 3.3.10). Vorliegend ersucht die Beschwerdeführerin indes das Bundesverwaltungsgericht um die Anwendung europäischen Rechts, also ein innerstaatliches Gericht um die Anwendung fremden, von der Schweiz aus gesehen extraterritorialen Rechts. Dies ist gestützt auf das Auswirkungsprinzip nicht möglich. Auch ist das

Europäische Recht in der Schweiz nicht direkt anwendbar. Da sich das Schweizer Recht in grossen Teilen an das Europäische anlehnt (BBI 1995 I 494 ff. sowie 528 ff.; BBI 2002 2051), zieht das Bundesverwaltungsgericht dieses rechtsvergleichend heran (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2977/2010 vom 27. April 2010 "Publigroupe" E. 9.4.3).

**8.5.5** Art. 2 Abs. 1 TT-GVO definiert eine Technologietransfer-Vereinbarung als eine Vereinbarung zwischen zwei Unternehmen, die die Produktion der Vertragsprodukte ermöglicht. Gemäss Art. 4 Abs. 2 Bst. b Ziff. i TT-GVO sind Beschränkungen des passiven Verkaufs in ein Exklusivgebiet zulässig, welches dem Lizenzgeber vorbehalten ist. Nach Art. 6 Abs. 2 TT-GVO kann die Wettbewerbsbehörde eines Mitgliedstaates den Rechtsvorteil entziehen, wenn eine freigestellte Technologietransfer-Vereinbarung im Gebiet eines Mitgliedstaates oder in einem Teil desselben, der alle Merkmale eines gesonderten räumlichen Marktes aufweist, im Einzelfall Wirkungen hat, die mit Art. 101 Abs. 3 AEUV unvereinbar sind. Der von der Beschwerdeführerin zitierte Art. 6 Abs. 1 TT-GVO ist vorliegend nicht einschlägig, da sich die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung nicht darauf gestützt hat und es vorliegend auch nicht um die Frage geht, ob ein Entzug der Freistellung durch die *Europäische Kommission* erfolgt wäre. Vielmehr stellt sich die Frage, ob allenfalls die Voraussetzungen für einen Entzug durch die *nationale Wettbewerbsbehörde* nach Art. 6 Abs. 2 TT-GVO vorlagen.

**8.5.6** In casu ist streitig, ob bereits aufgrund des Wortlautes von Art. 4 Abs. 2 Bst. b Ziff. i TT-GVO der Lizenzvertrag freigestellt worden wäre. Die Norm besagt, dass eine Beschränkung des passiven Verkaufs in ein Exklusivgebiet oder an eine Exklusivkundengruppe, das bzw. die dem Lizenzgeber vorbehalten ist, erlaubt ist. Zwar wird nicht wörtlich festgehalten, dass der Vorbehalt ausdrücklich schriftlich erfolgen muss. Allerdings nennt die Bestimmung sowohl Gebiete als auch Kundengruppen. Für eine Freistellung muss demnach klar sein, welche Gebiete bzw. Gruppen sich der Lizenzgeber selbst vorbehalten hat. Es kann nicht Sinn der Verordnung sein, dass vorbehaltene Kundengruppen schriftlich festgehalten werden müssen, Gebiete indes nicht, weil dies – wie die Beschwerdeführerin geltend macht – für international tätige Unternehmen nicht praktikabel sei. Auch erscheint dem Bundesverwaltungsgericht das Vorbringen fragwürdig, dass der europäische Verordnungsgeber davon ausgegangen sei, Gebietszuweisungen müssten bzw. könnten nicht ausdrücklich vorgenommen werden, weil sie im Rahmen von Technologietransfer-Verträgen mündlich oder durch abgestimmte Verhaltensweisen erfolgten. Seit dem EuGH-Urteil *Consten und*

*Grundig* aus dem Jahr 1966 ist klar, dass absolute Gebietsschutzklauseln, welche innerhalb der Gemeinschaft getrennte nationale Märkte für Erzeugnisse einer weit verbreiteten Marke künstlich aufrechterhalten, den Wettbewerb innerhalb des Gemeinsamen Marktes verfälschen und daher vom Kartellverbot erfasst werden (EuGH, verb. Rs. 56 und 58/64, *Consten und Grundig*, Slg. 1966, 322, 391 f.). Gerade vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung ist die in Art. 4 Abs. 2 Bst. b Ziff. i TT-GVO statuierte Ausnahme eng auszulegen und von den betreffenden Unternehmen ist zu verlangen, dass die vorbehaltenen Kundengruppen bzw. Gebiete ausdrücklich schriftlich vereinbart werden. Dies ergibt sich auch aus Rn. 100 der Leitlinien der Kommission zur Anwendung von Artikel 81 EG-Vertrag auf Technologietransfer-Vereinbarungen zu Art. 4 Abs. 2 Bst. b Ziff. i (ABl. C 101 vom 27. April 2004, S. 2). Darin wird festgestellt, dass der Lizenzgeber nicht im Gebiet bzw. für die betreffende Gruppe produzieren muss, damit diese als ihm vorbehalten angesehen werden können. Er kann sie sich auch für eine spätere Nutzung vorbehalten. Das ist nur möglich, wenn bekannt ist, welche Gebiete bzw. Gruppen sich der Lizenzgeber ausdrücklich vorbehält. Die Wahrscheinlichkeit einer Freistellung aufgrund des Wortlautes von Art. 4 Abs. 2 Bst. b Ziff. i TT-GVO wurde demnach von der Vorinstanz zu Recht verneint. Selbst wenn man von einer Freistellung ausgehen würde, wäre ein Entzug derselben durch eine nationale Wettbewerbsbehörde nach Art. 6 Abs. 2 TT-GVO sehr wahrscheinlich, da die Schweiz aufgrund der gruppeneigenen Präsenz der Beschwerdeführerin in den an die Schweiz angrenzenden Ländern einen gesonderten räumlichen Markt bildet. In Kombination mit Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages wird somit der Schweizer Markt von den Märkten der umliegenden Länder abgeschottet. Dieses Vorgehen würde sowohl von den nationalen Gerichten und Behörden als auch von der Europäischen Kommission und den europäischen Gerichten kaum als mit Art. 101 Abs. 3 AEUV vereinbar angesehen. Schliesslich legt der neue Lizenzvertrag vom 1. September 2006 den Schluss nahe, dass auch die Parteien nicht davon ausgingen, Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages vom 1. Februar 1982 stelle eine zulässige Technologietransfervereinbarung dar und könne beibehalten werden. Ansonsten hätten sie nicht nur den Aktivverkauf untersagt. Das Bundesverwaltungsgericht gelangt demnach zum Schluss, dass die Vorinstanz zu Recht annahm, der Lizenzvertrag und im Speziellen dessen Ziff. 3.2 stelle keine zulässige Technologietransfervereinbarung im Sinne der TT-GVO dar.

## **vi. ZWISCHENFAZIT: ART. 5 ABS. 4 KG ERFÜLLT**

**8.6** Das Bundesverwaltungsgericht gelangt nach dem Gesagten zum Schluss, dass die Vorinstanz zu Recht angenommen hat, Ziff. 3.2. des Lizenzvertrages vom 1. Februar 1982 stelle eine vertraglich vereinbarte vertikale Gebietsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG dar. In einem weiteren Schritt ist zu untersuchen, wie sich die Klausel auf den Markt ausgewirkt hat.

## **9. MARKTABGRENZUNG**

**9.** Um festzustellen, in welchem Masse eine Abrede einen Markt beeinträchtigt, ist der betreffende Markt in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen. Der Bundesrat hat in der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU, SR 251.4) den Begriff des relevanten Marktes umschrieben. Diese Definition gilt auch für Wettbewerbsabreden und für die Ausübung von Marktmacht. Gemäss Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU umfasst der sachlich relevante Markt alle Waren oder Leistungen, welche hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks aus Sicht der Marktgegenseite als austauschbar erachtet werden. Man spricht in diesem Zusammenhang auch von Substituierbarkeit, wobei unterschieden wird zwischen Nachfrage- und Angebotssubstituierbarkeit (sog. Bedarfsmarktkonzept; vgl. BGE 139 I 72 "Publigroupe" E. 5.1 m.w.H.). Bei der Beurteilung der Nachfragesubstituierbarkeit werden die aus Sicht der Abnehmer austauschbaren Güter definiert. Dabei wird in denjenigen Fällen auf die abgeleitete Nachfrage (also die Nachfrage der Endverbraucher) abgestellt, in denen der direkte Abnehmer ein Gut nicht selbst verbraucht, sondern es an seine Abnehmer weiterverkauft (vgl. MANI REINERT/BENJAMIN BLOCH, in: BSK-KG, Art. 4 Abs. 2 Rn. 174 m.w.H.). Unter dem Titel der Angebotssubstituierbarkeit wird hingegen untersucht, ob Anbieter als Reaktion auf Preiserhöhungen in der Lage sind, ihre Produktion umzustellen und das betreffende Gut innert kurzer Zeit auf den Markt zu bringen, ohne spürbare Zusatzkosten oder Risiken. Diese Situation liegt in der Regel vor, wenn Unternehmen verschiedenste Sorten oder Qualitäten eines Produktes absetzen.

Ausgangspunkte bei der Prüfung der Nachfragesubstituierbarkeit sind die Merkmale des Produktes und dessen Verwendungszweck. Diese reichen allerdings für sich alleine gesehen noch nicht aus, um den sachlich relevanten Markt festzulegen. Unterschiedliche Eigenschaften und Verwendungszwecke können sowohl ein Hinweis auf Zuordnung zu getrennten Märkten als auch zum gleichen sachlichen Markt sein. In jedem Fall ist eine

Einzelfallprüfung erforderlich, bei der u.a. die wichtigsten Kunden und Wettbewerber der betreffenden Unternehmen zum Nachfrageverhalten der Abnehmer befragt und allfällige Substitutionen in der Vergangenheit sowie Verbraucherpräferenzen berücksichtigt werden. Ferner ist beispielsweise anhand des SSNIP-Tests zu ermitteln, wie sich das Nachfrageverhalten ändert bei einer kleinen, dauerhaften Preiserhöhung von 5-10% (small but significant and nontransitory increase in price). Weichen die Nachfrager auf andere Produkte aus, machen sie die Preiserhöhung unrentabel. Die betreffenden Produkte sind dann zum relevanten Markt zu zählen. Darüber hinaus ist die Angebotssubstituierbarkeit wie oben beschrieben zu prüfen, wobei diese weitgehend mit dem potentiellen Wettbewerb übereinstimmt. Letzterer ist allerdings nicht im Rahmen der Marktabgrenzung zu untersuchen (s. auch unten, E. 11.1; vgl. zudem REINERT/BLOCH, in: BSK-KG, Art. 4 Abs. 2 Rn. 171; siehe auch GEORG-KLAUS DE BRONNET, in: Josef L. Schulte/Christoph Just, in: Kommentar zum Kartellrecht [GWB, Kartellvergaberecht, EU-Kartellrecht], Köln 2012, Art. 101 AEUV Rn. 57). Bei der Prüfung der Austauschbarkeit ist auf die Besonderheiten des jeweiligen Marktes Rücksicht zu nehmen. Sie ist in einer Gesamtanalyse aller Elemente festzustellen. Eine starre Hierarchie zwischen den verschiedenen Vorgehensweisen ist, wie das britische Competition Appeal Tribunal in Anlehnung an Rn. 25 der Bekanntmachung der Europäischen Kommission zum relevanten Markt (Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft [ABl. C 372 vom 9. Dezember 1997, S. 5]) überzeugend festgestellt hat, abzulehnen (Case No 1009/1/1/02 [2003] CAT 11, *Aberdeen Journals v. The Office of Fair Trading*, para. 127 f.).

Der räumlich relevante 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; vgl. zur sachlichen und räumlichen Marktabgrenzung auch Entscheid der REKOWEF FB/2004-4 vom 4. Mai 2006 "20 Minuten" E. 6.3.3 f. und 8 ff., veröffentlicht in: RPW 2006/2, S. 347 ff.).

## **vii. SACHLICHE MARKTABGRENZUNG**

### **9.1**

**9.1.1** Die Beschwerdeführerin stimmt der sachlichen Marktabgrenzung der Vorinstanz zu. Sie führt aus, diese habe zu Recht keine Segmentierung nach Zusatznutzen, Hersteller- oder Handelsmarken vorgenommen. Aller-

dings bestreitet die Beschwerdeführerin die Feststellung in Rn. 197 der angefochtenen Verfügung, wonach bei Zahnpastakonsumenten eine tiefe Preissensitivität bestehe. Hätte die Vorinstanz empirische Daten erhoben, wäre sie wie die Beschwerdeführerin zum Schluss gelangt, dass für Elmex rot eine signifikante Preissensitivität bestehe. Die Beschwerdeführerin habe dies mit dem RBB Expertengutachten nachgeholt.

**9.1.2** Die Vorinstanz entgegnet, das RBB Expertengutachten habe zahlreiche zentrale Fragen nicht geprüft bzw. nicht dargelegt, auf welche Daten es sich stütze. Sie gewähre nur solchen Parteigutachten Gewicht, die gewissen wissenschaftlichen Standards genügen, was für das RBB Expertengutachten nicht zutreffe. Insbesondere seien die ökonometrischen Schätzungen nicht nachvollziehbar, weil die angewendete Methodik zu wenig erläutert werde. Auch würden die lediglich summarisch wiedergegebenen Datensätze eine Überprüfung der Resultate nicht erlauben. Die Schlussfolgerungen des Gutachtens vermögen daher aus Sicht der Vorinstanz die Ergebnisse in der angefochtenen Verfügung nicht entkräften.

**9.1.3** In der angefochtenen Verfügung wird zunächst ausgehend vom Verhalten der Endverbraucher (abgeleitete Nachfrage) dargelegt, weshalb der Markt für Zahnpasta nicht nach Produktausprägungen sowie Hersteller- und Handelsmarken zu segmentieren ist. Dies wird auch mit der hohen Angebotsumstellungsflexibilität der Zahnpastahersteller begründet. Sodann wird geprüft, ob Elmex rot aufgrund seiner Zusammensetzung als Medizinalzahnpasta anzusehen ist, was die Vorinstanz verneint. Schliesslich wird der Frage nachgegangen, ob Elmex rot aufgrund ihres Images einen eigenen Markt bildet. Dabei wird zum einen untersucht, wie oft Elmex rot von Zahnärzten empfohlen wird. Zum anderen wurde verschiedenen Gruppen von Marktteilnehmern der SSNIP-Test unterbreitet. In Rn. 196 f. der angefochtenen Verfügung wird dazu festgehalten, die Frage, ob Elmex rot einen eigenen Markt bilde, könne mangels verfügbarer Informationen zu den Kostenstrukturen der Beschwerdeführerin nicht beantwortet werden. Allerdings tangiere die Preissensitivitätsanalyse das Fazit der sachlichen Marktabgrenzung nicht.

#### **9.1.4**

**9.1.4.1** Wie bereits unter E. 9 ausgeführt, erfolgt die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes gestützt auf das Bedarfsmarktkonzept. Es ist folglich zu untersuchen, welche Produkte aus Sicht eines durchschnittlichen Abnehmers aufgrund ihrer Eigenschaften und ihres Verwendungszwecks



geeignet sind, einen bestimmten Bedarf auf gleichwertige Weise zu befriedigen, auch wenn einige der Produkte eine unterschiedliche Qualität oder einen unterschiedlichen Preis aufweisen, oder wenn sie auf andere Art hergestellt wurden. Grundsätzlich ist nach der VKU auf die Marktgegenseite abzustellen, was für Zahnpasta der Detailhandel, Zahnärzte und Dentalhygieniker sowie Apotheken und Drogerien sind. Das Nachfrageverhalten dieser Akteure richtet sich nach den Präferenzen und Bedürfnissen ihrer eigenen Abnehmer, also nach den Endverbrauchern. Folglich ist der sachlich relevante Markt in casu aus Sicht der Endabnehmer zu definieren.

**9.1.4.2** Auf dem Markt ist eine grosse Auswahl an Zahnpasten erhältlich. Einerseits gibt es zahlreiche Hersteller von Zahnpasta, andererseits existieren Sorten mit unterschiedlichen Produkteigenschaften. Eine Differenzierung aufgrund der verschiedenen Eigenschaften ist, wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen, nicht sachgerecht. Nach dem Bedarfsmarktkonzept ist aus Sicht der Endverbraucher zu untersuchen, ob Zahnpasta, welche z.B. für Raucher angeboten wird, austauschbar ist mit Zahnpasta, welche keinen Zusatznutzen anpreist. Angesichts der Tatsache, dass der Endverbraucher Zahnpasta in erster Linie erwirbt zum Zweck der Zahnreinigung, ist diese Frage zu verneinen. Daran ändern auch die im vorinstanzlichen Verfahren von der Beschwerdeführerin behaupteten besonderen medizinischen Eigenschaften (wie die Fluoridkonzentration) nichts. Aus dem Gutachten des Bundesamtes für Gesundheit BAG ergibt sich, dass Elmex rot mit einer Fluoridkonzentration von 0.14% als kosmetisches Mittel einzustufen ist, und dass auch der Zusatz von Aminfluorid nicht zur Einstufung von Elmex als Zahnpasta mit besonderen medizinischen Eigenschaften führt (vgl. act. 222 S. 2 f.).

**9.1.4.3** Gegen eine Unterscheidung nach Produktausprägung spricht sodann die Angebotsumstellungsflexibilität. Wie oben dargelegt, ist sie dann gegeben, wenn Unternehmen verschiedenste Sorten oder Qualitäten eines Produktes absetzen und in der Lage sind, innert kurzer Zeit und ohne spürbare Zusatzkosten oder Risiken ihre Produktion umzustellen. Es ist unbestritten, dass unter den meisten Hersteller- bzw. Handelsmarken Zahnpasten mit unterschiedlichen Produkteigenschaften verkauft werden. So führt beispielsweise Colgate eine Zahnpasta zur Aufhellung der Zähne, eine für frischeren Atem und eine für die Tiefenreinigung in den Zahnzwischenräumen im Sortiment (<http://www.colgate.ch/app/ColgateTotal/CH/DE/products.cwsp>; zuletzt besucht am 19. Dezember 2013). Auch Odol-med 3 und die Beschwerdeführerin selbst führen mehrere Sorten Zahnpasta mit

unterschiedlichen Zusatznutzen (<http://www.odol-med3.de/content/startseite-27#26>; [http://www.gaba.ch/htm/1084/de\\_CH/Produkte.htm](http://www.gaba.ch/htm/1084/de_CH/Produkte.htm); beide zuletzt besucht am 19. Dezember 2013). Die Umstellung der Produktion dürfte sich relativ einfach gestalten, was sich auch aus der Entscheidung der Europäischen Kommission in Smithkline Beecham/Block Drug ergibt (vgl. COMP/M.2192, Rn. 10: "[...] manufacturers can change production between the different variants with relative industrial and financial ease: production facilities are essentially the same, and almost all variants have a certain number of active ingredients in common; the time needed for production changes is not significant, nor are there significant additional financial costs.").

**9.1.4.4** Abzulehnen ist weiter eine Segmentierung des Marktes nach Hersteller- bzw. Handelsmarken. Denn einerseits dienen auch Zahnpasten unterschiedlicher Hersteller- und Handelsmarken in erster Linie der Zahnreinigung. Andererseits lässt sich aus dem Preisniveau keine Differenzierung nach Marken ableiten. Wie sich nämlich aus den Antworten zu den vom Sekretariat versandten Fragebögen ergibt, hängt die Preisgestaltung nicht von der jeweiligen Hersteller- bzw. Handelsmarke ab (vgl. jeweils die Tabellen zu Frage 10 z.B. in act. 134, 141 und 226). All diese Faktoren sprechen für die Zuordnung von Elmex rot zum sachlich relevanten Markt für Zahnpasta.

**9.1.4.5** Auch die Beschwerdeführerin ist der Auffassung, dass der Markt für Zahnpasta der relevante Produktmarkt ist. Sie stellt allerdings die Preissensitivitätsanalyse der Vorinstanz in Abrede. In der angefochtenen Verfügung hatte die Vorinstanz festgehalten, die erhobenen Daten deuteten auf eine tiefe Preissensitivität der Konsumenten von Elmex rot hin. Die Beschwerdeführerin macht indes unter Berufung auf ihr Parteigutachten geltend, es bestehe eine signifikante Preissensitivität der Konsumenten. Ob dies zutrifft, kann vorliegend offen bleiben. Wie oben ausgeführt, ist der sachlich relevante Markt anhand einer Gesamtanalyse mehrerer Faktoren zu definieren. Es hat sich sowohl hinsichtlich der Angebots- als auch der Nachfragesubstituierbarkeit gezeigt, dass als relevanter Produktmarkt der Markt für Zahnpasta anzusehen ist. Daran würde auch, wie die Beschwerdeführerin selbst ausführt, ein anderes Ergebnis der Preissensitivitätsanalyse nichts ändern.

**9.1.4.6** Nach dem Gesagten stellt das Bundesverwaltungsgericht fest, dass Elmex rot zum sachlich relevanten Markt für Zahnpasta gehört.

## viii. RÄUMLICHE MARKTABGRENZUNG

**9.2** Wie bereits ausgeführt, umfasst der räumlich relevante Markt das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU; vgl. oben E.9). Auch diese Analyse hat sowohl aus Nachfrager- als auch aus Anbietersicht zu erfolgen, wobei unterschiedliche Faktoren zu berücksichtigen sind. Aus Nachfragersicht sind insbesondere die Einkaufspolitik der Nachfrager sowie allfällige sich darauf auswirkende Tatsachen (wie Transportkosten und -distanzen, rechtliche Bedingungen u.ä.) zu untersuchen. Angebotssubstituierbarkeit liegt hingegen vor, wenn eine Preiserhöhung zum Einstieg von neuen Anbietern in den betreffenden Markt führen würde. Dabei sind allfällige Hindernisse für Markteintritte in Betracht zu ziehen, wie z.B. die gesetzliche Lage, Handelshemmnisse, allfällige Vertriebssysteme, Verbraucherpräferenzen, Marktanteile und Umstellungskosten. Auch ein unterschiedliches Preisniveau oder sprachliche Unterschiede können auf einen getrennten räumlichen Markt hindeuten. In jedem Fall ist der räumlich relevante Markt im Rahmen einer Gesamtwürdigung festzulegen.

**9.2.1** Die Beschwerdeführerin stellt die von der Vorinstanz vorgenommene, nationale räumliche Marktabgrenzung in Abrede. Der Beschaffungsmarkt, also der Markt, auf dem die Beschwerdeführerin mit anderen Herstellern um den Verkauf ihrer Produkte bei Händlern im Wettbewerb stehe, sei ein internationaler oder zumindest europäischer. Die Vorinstanz habe nicht berücksichtigt, dass die Anzeigerin Zahnpasta auch von Grosshändlern etwa in Deutschland beziehen könne und auch tue. Importeure müssten ihre Ware nicht immer von Herstellern beziehen. Zudem machten die direkten und indirekten (also über die nationalen Vertriebsgesellschaften) Importe bei Zahnpasta rund 70% der gesamten in der Schweiz verkauften Menge aus. Das belege das RBB Expertengutachten. Im Übrigen würden bereits die in der angefochtenen Verfügung genannten 22-30% Importe als Beleg für einen weiten räumlichen Markt dienen. Zumindest bestehe erheblicher Wettbewerbsdruck aus dem Ausland. Des Weiteren lege das RBB Expertengutachten dar, dass es für Coop und Migros im Rahmen der regulatorischen Vorschriften möglich wäre, grössere Mengen an Zahnpasta zu importieren. Dies verhindere, dass die Beschwerdeführerin die Grosshandelspreise für Elmex rot überhöht ansetze. Auch kleinere Detailhändler könnten einen signifikanten Teil ihrer Nachfrage importieren. Dies zeige sich am Beispiel der Anzeigerin, welche fast den gesamten Bedarf an Colgate-Zahnpasta von ausländischen Grosshändlern beziehe. Schliesslich

gebe die Vorinstanz die Argumente des Expertengutachtens zum Internet-Handel inkorrekt wieder. In casu sei der Markt auf der Grosshandelsstufe international abzugrenzen, trotz eines möglichen nationalen Marktes der Verbraucher. Dies aufgrund zahlreicher Importmöglichkeiten für Einzelhändler, so über den ausländischen Grosshandel, den Internet-Einzelhandel, sowie für Konsumenten über den Internet-Einzelhandel. Entgegen der Behauptung der Vorinstanz könnte bereits eine Tube Elmex rot versandkostenfrei bezogen werden bei [www.medipreis.de](http://www.medipreis.de). Die Vorinstanz sei darauf nicht eingegangen und gebe auch die Argumente der Beschwerdeführerin inkorrekt wieder. Der räumliche Markt sei international abzugrenzen. Mindestens aber hätte die Vorinstanz den Wettbewerbsdruck mittels tatsächlicher und möglicher Importe bei der Beurteilung des wirksamen Wettbewerbs angemessen berücksichtigen müssen.

**9.2.2** Die Vorinstanz verweist auf die angefochtene Verfügung und ergänzt, die Beschwerdeführerin widerspreche sich selbst, wenn sie einerseits behaupte, der Import von Zahnpasta sei im relevanten Zeitraum regulatorisch eingeschränkt gewesen, und andererseits vorbringe, der Beschaffungsmarkt sei international abzugrenzen. Zudem weist die Vorinstanz den Vorwurf, sie habe es versäumt, den Wettbewerbsdruck aufgrund tatsächlicher und möglicher Importe bei der Beurteilung des wirksamen Wettbewerbs angemessen zu berücksichtigen, mit Verweis auf Rn. 204 und 220 der angefochtenen Verfügung zurück.

**9.2.3** Aus Rn. 203 der angefochtenen Verfügung geht hervor, dass die Beschwerdeführerin die in Rede stehenden Argumente bereits im vorinstanzlichen Verfahren vorgetragen hat. So hat sie geltend gemacht, die direkten und indirekten Importe bei persönlichen Hygieneprodukten bzw. Reinigungsmitteln (und somit auch von Zahnpasta) würden rund 70% der gesamten in der Schweiz verkauften Menge ausmachen, was sich aus dem Entscheid Coop/Carrefour der Vorinstanz ergebe (RPW 2008/4, S. 608 ff., Rn. 119). Ferner würden kleinere Einzelhändler rund 40% ihres Bedarfs von ausländischen Lieferanten beziehen. Zudem hätten sich die Parallelimporte im Jahr 2008 auf ca. 4% der von allen Lebensmittel-Einzelhändlern in der Schweiz verkauften Zahnpasta-Tuben belaufen. Sodann erübrigten sich Parallelimporte, weil die Grossverteiler Migros und Coop durch die Drohung, parallel zu importieren, attraktive Preise erhielten. Schliesslich könne Elmex rot über Internet-Einzelhändler importiert werden. In Rn. 204 der angefochtenen Verfügung hält die Vorinstanz dazu fest, Rn. 119 des Coop/Carrefour-Entschides zeige, dass nur 30% der persönlichen Hygieneprodukte bzw. 22% der Reinigungsmittel direkt importiert würden.

Im Rahmen eines Analogieschlusses anzunehmen, diese Zahlen würden auch für Zahnpasta gelten, sei irreführend, da mit Ausnahme von Spar, Casino und der Anzeigerin in den letzten fünf Jahren kein Unternehmen Importversuche getätigt habe. Casino und Spar stellten insofern Spezialfälle dar, weil beide über separate Bezugsquellen verfügten. Im Übrigen widerspreche sich die Beschwerdeführerin selbst, wenn sie einerseits geltend mache, regulatorische Hindernisse würden den Import von Zahnpasta in die Schweiz behindern, und andererseits den räumlich relevanten Markt mindestens europäisch definiere. Ausserdem sei es nicht möglich, mit den von der Beschwerdeführerin zur Verfügung gestellten Unterlagen nachzuvollziehen, wie die 40% Importe berechnet würden und auf welche Produkte sie sich bezögen. Ferner seien die Zahnpastaimporte in Höhe von 4% nicht ausreichend, um den räumlich relevanten Markt weiter als die Schweiz zu definieren. Im Übrigen stehe die Behauptung, Migros und Coop könnten drohen, bedeutende Mengen zu importieren, im Widerspruch zur Tatsache, dass die Mehrheit der befragten Detailhändler in den letzten 5 Jahren keine Importversuche getätigt hätten. Würde diese Behauptung zutreffen, müssten die Einstandspreise von Coop und Migros vergleichbar sein, was nicht der Fall sei. Schliesslich sei der zwischen der Beschwerdeführerin und Gebro vereinbarte absolute Gebietsschutz ein weiteres Indiz für das Bestehen eines nationalen räumlich relevanten Marktes.

**9.2.4** Die Vorinstanz hat insbesondere die Einkaufspolitik der Schweizer Detailhändler, die Höhe der Transportkosten allfälliger Importe sowie den rechtlichen Rahmen untersucht. Zudem hat sie, entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerin, in Rn. 204 und 220 den Wettbewerbsdruck mittels tatsächlicher und möglicher Importe bei der Beurteilung des wirksamen Wettbewerbs geprüft. Damit hat sie den räumlich relevanten Markt im oben (E. 9.2) beschriebenen Sinne abgegrenzt und richtigerweise einen nationalen räumlichen Markt angenommen. Die von der Beschwerdeführerin dagegen vorgebrachte Argumente vermögen an diesem Schluss aus den folgenden Gründen nichts ändern.

**9.2.5** Die Beschwerdeführerin macht einerseits geltend, Schweizer Detailhändlern stehe die Möglichkeit offen, grosse Mengen an Zahnpasta über Deutsche Grosshändler zu beziehen. Auch Einzelhändler und Konsumenten könnten Zahnpasta von ausländischen Grosshändlern bzw. über Internet-Einzelhändler beziehen. Andererseits macht sie an verschiedenen Stellen geltend, der Grund für die spärlichen Parallelimporte seien regulatorische Vorschriften. Damit widerspricht sich die Beschwerdeführerin

selbst. Es ist nicht nachvollziehbar, wenn trotz der behaupteten regulatorischen Hindernissen die Beschwerdeführerin vorträgt, es könnten und würden erhebliche Mengen an Zahnpasta importiert werden. Sodann wurden im RBB Expertengutachten die Importzahlen aus dem Carrefour/Coop-Entscheid inkorrekt wiedergegeben. Wie die Vorinstanz zu Recht ausführt, ergibt sich aus Tabelle 5 vor Rn. 119 des Carrefour/Coop-Entscheids, dass die Direktimporte für Körperpflege/Kosmetik und für Wasch-/Reinigungsmittel 30% bzw. 22% betragen, und nicht, wie die Beschwerdeführerin mit Berufung auf das Expertengutachten behauptet, 70%. Sodann vermag die im RBB Expertengutachten nicht belegte Behauptung, diese Zahlen seien auch auf Zahnpastaimporte zu übertragen, die in Rn. 204 der angefochtenen Verfügung aufgezeigten Argumente nicht entkräften. Zudem ist festzuhalten, dass die von der Beschwerdeführerin genannte Internet-Versandapotheke [www.medipreis.de](http://www.medipreis.de) gemäss eigenen Angaben keine Versandapotheke sondern eine Preissuchmaschine für Medikamente und Apothekenprodukte ist, und dass sie weder Zahnpasta im Allgemeinen noch Elmex rot spezifisch als Produkt führt.

**9.2.6** Schliesslich kann der Beschwerdeführerin angesichts der Tatsache, dass sie dieselben Argumente, welche sie vor Bundesverwaltungsgericht vorträgt, bereits im vorinstanzlichen Verfahren vorgebracht hat, nicht gefolgt werden, wenn sie geltend macht, die Vorinstanz habe diese Vorbringen nicht berücksichtigt. Allein die Tatsache, dass die Vorinstanz zu einem anderen Schluss gelangt wie die Beschwerdeführerin, bedeutet nicht, dass sie die Parteivorbringen nicht berücksichtigt hat. Wie unter E. 4.3.3.1 ausgeführt, hat die Behörde alle Beweismittel (wozu auch Privatgutachten gehören) objektiv zu prüfen und danach zu entscheiden, ob diese eine zuverlässige Beurteilung des rechtserheblichen Sachverhaltes gestatten. Die Vorinstanz hat dies in Rn. 204 getan.

**9.2.7** Das Bundesverwaltungsgericht gelangt nach dem Gesagten zum Schluss, dass in casu der räumlich relevante Markt zu Recht national abgegrenzt wurde.

## **ix. ZWISCHENFAZIT RELEVANTER MARKT**

Der relevante Markt ist vorliegend der Schweizer Markt für Zahnpasta für die tägliche Zahnpflege in allen Produktvarianten und von allen Hersteller- und Handelsmarken.

## **10. WIDERLEGUNG DER GESETZLICHEN VERMUTUNG**

**10.** Gemäss Art. 5 Abs. 4 KG wird die Beseitigung 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. Wird das Vorliegen einer solchen Abrede auf dem relevanten Markt bejaht, ist in einem weiteren Schritt zu untersuchen, ob sich die Vermutung durch den Nachweis genügenden Intra- und Interbrand-Wettbewerbs widerlegen lässt.

## **X. ANALYSE DES INTRA- UND INTERBRAND-WETTBEWERBS**

### **10.1**

**10.1.1** Die Beschwerdeführerin macht unter dem Titel Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes geltend, in der angefochtenen Verfügung sei bei der Analyse des Intra- und Interbrand-Wettbewerbs sowie der Erheblichkeit nur der Lebensmittelhandel berücksichtigt worden. Dies obwohl die Vorinstanz den Drogerie- und Apothekenvertrieb zum relevanten Markt zähle. Es sei folglich nicht geprüft worden, ob die Preise im Drogerie- und Apothekenhandel höher seien bzw. ob Beratungsdienstleistungen keine Rolle spielten, womit der Sachverhalt unvollständig ermittelt und der Untersuchungsgrundsatz verletzt sei. Darüber hinaus bringt die Beschwerdeführerin vor, aufgrund der Möglichkeit von Coop und Migros, mit der Auslistung von Elmex rot zu drohen, würden diesen Unternehmen günstige Grosshandelspreise gewährt. Daher könnten die Preise in der Schweiz nicht überhöht sein. Die Vorinstanz verweist auf ihre Ausführungen in der angefochtenen Verfügung.

**10.1.2** Wie das Bundesverwaltungsgericht bereits festgestellt hat, wurde bei der Prüfung des Intra- und Interbrand-Wettbewerbs der Untersuchungsgrundsatz gewahrt (vgl. E. 4.3.3.4 und 5.6.2). In materieller Hinsicht ist im Rahmen der Intra- und Interbrand-Wettbewerbsanalyse zu prüfen, welche Stellung die Beteiligten auf dem sachlich, örtlich und zeitlich relevanten Markt einnehmen und in welchem Ausmass die Marktverhältnisse insgesamt durch die Abrede verändert werden. Nicht zu vernachlässigen ist bei der Beurteilung des Aussenwettbewerbs eine allfällige Verflechtung des schweizerischen Marktes mit dem Weltmarkt. Es ist daher immer auch zu fragen, ob der betreffende Markt geographisch offen ist und insbesondere ausländische Konkurrenten zum Wettbewerb im Inland beitragen können (BBI 1995 I 565). Folglich ist zunächst der sachlich, örtlich und ggf. zeitlich relevante

Markt zu bestimmen, bevor auf diesem die Marktverhältnisse analysiert werden und die Auswirkungen der Abrede darauf. Das ist sachlogisch, kann ein Markt doch nur analysiert werden, wenn er vorher definiert wurde. Auf diese Art ist auch die Vorinstanz an die Prüfung des Intra-brand-Wettbewerbs herangegangen. Sie hat einleitend den Markt abgegrenzt (Rn. 173 ff. der angefochtenen Verfügung), und hat in der Folge die Verhältnisse auf diesem untersucht, wobei sie den Fokus auf den Preiswettbewerb legte. Dies begründete sie folgendermassen: Erstens hänge die Qualität von Elmex rot von der Beschwerdeführerin ab, sei also in allen Verkaufsstellen gleich; zweitens würden rund [...] der Elmex rot Zahnpasten in der Schweiz im Detailhandel, d.h. ohne Beratung verkauft; drittens sei fraglich, dass Endverbraucher in Apotheken und Drogerien für herkömmliche Zahnpasta eine Beratung nachfragen würden. Die Untersuchung sei zudem auf den Lebensmittelhandel beschränkt worden, da dieser mit rund [...] Umsatzanteilen Elmex rot den weitaus wichtigsten Absatzkanal darstelle. Schliesslich sei der Fokus auf den Lebensmitteldetailhandel gelegt worden, weil innerhalb des Lebensmittelhandels mehr als [...] der Elmex rot Zahnpasten über Migros und Coop abgesetzt würden. Diese Schlussfolgerung ist nicht zu beanstanden. Denn einerseits hat eine Befragung der Hersteller ergeben, dass sieben von zehn Unternehmen insbesondere den Preiswettbewerb als "intensiv" beurteilten (Tabelle 11 der angefochtenen Verfügung). Andererseits ist es sachgerecht, dass die Vorinstanz ihre Untersuchung auf den wichtigsten Absatzkanal fokussiert. Angesichts der erhobenen Umsatzanteilszahlen ist dies zweifelsohne der Lebensmittelabsatzkanal.

**10.1.3** Darüber hinaus ist das Vorbringen der Beschwerdeführerin zu prüfen, wonach die Relevanz der Beratungsdienstleistungen in Apotheken und Drogerien zu Unrecht nicht untersucht worden sei. Wie in der vorangehenden Erwägung ausgeführt, werden [...] der Umsatzanteile im Lebensmittelhandel erzielt, wo keine Beratung stattfindet. Tabelle 4 der angefochtenen Verfügung weist die Umsatzanteile von Elmex rot auf dem Drugkanal als knapp [...] aus. In Rn. 222 heisst es zudem, es sei fraglich, dass Endverbraucher in Apotheken und Drogerien für herkömmliche Zahnpasta eine Beratung nachfragen würden. Angesichts der Tatsache, dass, wie die Vorinstanz und die Beschwerdeführerin übereinstimmend geltend gemacht haben, selbst Medizinalzahnpasten in die allgemeine Kategorie der Mundhygieneprodukte fallen, erscheint dieser Schluss naheliegend. Es ist daher nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz aufgrund dieser Tatsachen feststellt, es sei fraglich, ob Konsumenten in Apotheken und Drogerien für herkömmliche Zahnpasta Beratung in Anspruch nähmen und daraus den



Schluss zieht, bei den geringen Umsatzanteilen seien der Drug- und Dentalkanal (und folglich auch allfällige Beratungsdienstleistungen) bei der Analyse des Intra-brand-Wettbewerbs nicht zu berücksichtigen.

**10.1.4** Schliesslich macht die Beschwerdeführerin geltend, die Vorinstanz habe in aktenwidriger Weise behauptet, es sei unglaubwürdig, dass nachfragemächtige Detailhändler wie Coop und Migros Produkte der Beschwerdeführerin auslisten würden, wenn sie mit den Einstandspreisen nicht einverstanden wären. Die Vorinstanz habe weder Migros noch Coop dazu befragt. Eine Auslistung der Produkte der Beschwerdeführerin durch Migros und Coop sei jederzeit möglich, was sich aus dem Briefwechsel zwischen der Beschwerdeführerin und der Migros im Jahr 2008 sowie dem Verhalten der Anzeigerin ergebe, welche Ende der neunziger Jahre Elmex rot ausgelistet habe. Die Vorinstanz entgegnet, eine Auslistung von Elmex rot sei angesichts der Stärke der Marke sowie der hohen Marktanteile unwahrscheinlich, was zu einem gewissen Grad durch die Sortimentsgestaltung der Migros (welche nur Leadermarkenprodukte aufnehme und auch Elmex rot führe) bestätigt werde. Zudem habe die Beschwerdeführerin nach eigenen Angaben das Image der Marke Elmex aufgebaut, um ihre Produkte entsprechend im Markt zu positionieren. Diese Schlussfolgerung findet sich auch in Rn. 220 der angefochtenen Verfügung.

**10.1.5** Das Bundesverwaltungsgericht hat in diesem Zusammenhang bereits unter E. 5.8.3 geprüft, ob in formeller Hinsicht eine Verletzung der Untersuchungsmaxime gegeben ist. Es hat dies verneint. Zum materiellen Aspekt dieser Rüge ist festzuhalten, dass die Vorinstanz die Auslistung wegen der Stärke der Marke sowie der hohen Marktanteile von Elmex rot für unwahrscheinlich hielt. Das Bundesverwaltungsgericht erachtet diese Ausführungen als schlüssig. Insbesondere die Auslistung von Elmex rot durch Denner sowie die Verhandlungen mit Migros sind kein Beleg dafür, dass die Schlussfolgerung der Vorinstanz in diesem Punkt fehlerhaft sind. Wie aus der Zeugeneinvernahme vom 6. Juli 2009 ersichtlich, wird Elmex rot als must-stock-Produkt angesehen, also als eine Ware, die ein Detailhändler aus Sicht der Endkunden im Sortiment führen muss (act. 370 S. 5). Selbst Denner hat also den Auslistungsentscheid rückgängig gemacht, was gemäss ihren Aussagen aus betriebswirtschaftlichen Gründen geschah. Insgesamt kann daher weder in formeller Hinsicht von einer aktenwidrigen Behauptung noch in materieller Hinsicht von einer fehlerhaften Schlussfolgerung durch die Vorinstanz gesprochen werden.

**10.1.6** Nach dem Gesagten ist in der angefochtenen Verfügung auch bei der Prüfung des Interbrand-Wettbewerbs sowie der Erheblichkeit richtigerweise der Fokus auf den Lebensmittelhandelskanal und innerhalb diesem auf den Detailhandelskanal gesetzt worden.

## **xi. WIDERLEGUNG DER VERMUTUNG IN CASU**

### **10.2**

**10.2.1** Die Beschwerdeführerin macht auf S. 56 bis 79 ihrer Beschwerde sowie S. 17 bis 31 ihrer Replik geltend, die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs könne widerlegt werden, weil die vertiefte Analyse des relevanten Marktes zeige, dass in jeder Beziehung reger Intra- und Interbrand-Wettbewerb herrsche. Deshalb sei nicht nur die Vermutung von Art. 5 Abs. 4 KG widerlegt, sondern es sei auch erstellt, dass keine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung vorliege. Zudem bringt die Beschwerdeführerin unter dem Titel Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes vor, die Vorinstanz habe bei der Prüfung des Intra- und Interbrand-Wettbewerbs mit falschen Zahlen gearbeitet.

**10.2.2** Die Vorinstanz geht in ihren Eingaben auf die Argumente der Beschwerdeführerin ein. Aus den nachfolgenden Gründen erübrigt es sich, die Vorbringen vertieft wiederzugeben. Wie nämlich unter E. 11 aufgezeigt wird, sieht die Struktur des Art. 5 KG hinsichtlich vertikaler Wettbewerbsabreden folgendes Prüfschema vor: Stellt die Behörde das Vorliegen einer Abrede i.S.v. Art. 5 Abs. 4 KG fest, greift die Vermutung, dass durch diese der wirksame Wettbewerb beseitigt wurde. Umgestossen werden kann diese Vermutung durch den Nachweis, dass trotz der Abrede noch wirksamer aktueller und/oder potentieller Aussen- und/oder wirksamer Innenwettbewerb bestehen bleibt (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-420/2008 "Strassenbeläge Tessin" vom 1. Juni 2010 E. 9 m.w.H.). Gelingt dieser Nachweis, ist die Erheblichkeit der Wettbewerbsbeschränkung zu analysieren. Dies hat anhand qualitativer und quantitativer Kriterien zu geschehen (s. E. 11).

**10.2.3** Die Vorinstanz hat in Rn. 207 ff. der angefochtenen Verfügung den Intra- und Interbrand-Wettbewerb und in Rn. 253 ff. der angefochtenen Verfügung den Interbrand-Wettbewerb geprüft. Gestützt darauf schloss sie in Rn. 300, "dass die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs durch die Kombination des vorhandenen Intra- und Interbrand-Wettbewerbs umgestossen werden" könne. Wie oben dargelegt, war die Analyse des Intra- und Interbrandwettbewerbs der Vorinstanz korrekt (E. 10.1). Zudem

stellt das Bundesverwaltungsgericht fest, dass bereits die Vorinstanz zum Schluss gelangte, ausgehend von einer Gesamtbetrachtung der Wettbewerbsverhältnisse könne die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs umgestossen werden. Das Vorbringen der Beschwerdeführerin richtet sich somit gegen die Begründung, nicht gegen die aus der Analyse der Vorinstanz gezogenen Schlussfolgerungen. Hierzu ist festzustellen, dass in der Verfügung festgelegte Fragen, welche Teil des Anfechtungsgegenstandes bilden, aber aufgrund der Beschwerdebegehren nicht mehr streitig sind und somit nicht zum Streitgegenstand zählen, nur geprüft werden, wenn die nichtbeanstandeten Punkte in engem Sachzusammenhang mit dem Streitgegenstand stehen. Nicht zum Streitgegenstand gehören blosser Differenzen bezüglich der Begründung einer Verfügung, weil nur das Verfügungsdispositiv, nicht aber die Begründung anfechtbar ist (vgl. BGE 110 V 48 E. 3c m.w.H; s. auch Urteil des Bundesgerichts 8C\_272/2011 vom 11. November 2011 E. 1.3, sowie Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4195/2009 vom 18. Oktober 2010 E. 6.1). Da bereits die Vorinstanz zum Schluss gelangt ist, die Vermutung habe widerlegt werden können, ist auf die Vorbringen der Beschwerdeführerin zur Widerlegung der Vermutung nicht einzugehen. Im Übrigen ist festzuhalten, dass entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin die Erheblichkeit der Wettbewerbsbeschränkung nicht schon deshalb fehlt, weil die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung umgestossen wurde. Vielmehr ist die Erheblichkeit anhand qualitativer und quantitativer Kriterien zu bestimmen. Es kann hierzu auf die entsprechenden Ausführungen verwiesen werden (E. 11). Schliesslich hat das Bundesverwaltungsgericht bereits unter E. 5.1.3 und 5.2.2 festgestellt, dass die Vorinstanz bei der Ermittlung des Intra-brand-Wettbewerbs auf die richtigen Daten abgestellt und damit den Untersuchungsgrundsatz gewahrt hat.

## **11. ERHEBLICHKEIT DER WETTBEWERBSBESCHRÄNKUNG**

11. Gelingt es, die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung auf dem relevanten Markt zu widerlegen, ist weiter zu untersuchen, ob die Abrede zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs i.S.v. Art. 5 Abs. 1 KG führt. Gemäss dieser Bestimmung sind Abreden unzulässig, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe wirtschaftlicher Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen. Die Beschwerdeführerin ist der Auffassung, die Vorinstanz

habe bei der Prüfung der Erheblichkeit der Abrede falsche Kriterien herangezogen bzw. diese falsch ermittelt. Nachfolgend wird auf die einzelnen Punkte eingegangen.

## **xii. ANALYSE DES POTENTIELLEN WETTBEWERBS**

### **11.1**

**11.1.1** Die Beschwerdeführerin trägt einleitend vor, die Vorinstanz habe im Rahmen der Erheblichkeitsprüfung anhand von vier willkürlichen Kriterien darauf geschlossen, dass der Wettbewerb erheblich beeinträchtigt worden sei. Die Beschwerdeführerin habe weder zu den vier Kriterien noch zu den entsprechenden Ausführungen je Stellung nehmen können. In diesem Zusammenhang verweist sie auf ihre Ausführungen zur unzulässigen Überwälzung der Sachverhaltsermittlung durch die Vorinstanz (vgl. oben E. 5.4.1). Die Vorinstanz hätte richtigerweise prüfen müssen, ob ein Kausalzusammenhang zwischen Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages und allfälligen Marktauswirkungen in der Schweiz bestehe und falls ja, ob diese Auswirkungen aufgrund einer Marktanalyse als erhebliche Beeinträchtigungen des aktuellen und potentiellen Wettbewerbs zu qualifizieren seien. Es sei aktenkundig und unbestritten, dass (auch) im untersuchungsrelevanten Zeitraum mit Wissen von Gebro und der Beschwerdeführerin Elmex rot in die Schweiz importiert worden sei, was die Vorinstanz selbst anerkannt habe. Umso unverständlicher sei es, dass diese in ihrer Vernehmlassung ausführe, der Erfolg einer wirksamen absoluten Gebietsschutzabrede liege in den fehlenden Parallelimporten und die Erbringung eines Vollbeweises sei beinahe unmöglich. Es könne nicht sein, dass die Vorinstanz den Sachverhalt "aufgrund ihrer eigenen Überzeugung" aktenwidrig würdige, obwohl die Beschwerdeführerin bewiesen habe, dass Parallelimporte im relevanten Zeitraum stattgefunden hätten, die Anzeigerin bei Gebro nie für Parallelimporte nachgefragt habe und kein anderer Detailhändler daran Interesse gehabt hätte. Letzteres hat sie anlässlich der Verhandlung vom 10. Oktober 2013 erneut bekräftigt.

**11.1.2** Die Vorinstanz hat dazu eingehend Stellung genommen. Aufgrund der nachfolgenden Ausführungen wird darauf verzichtet, diese Stellungnahme vertieft darzustellen.

**11.1.3** Sofern die Beschwerdeführerin mit ihrem Vorbringen in formeller Hinsicht geltend machen will, sie habe zu den genannten Punkten ungenügend Stellung nehmen können, ist sie mit Verweis auf die Ausführungen unter E. 4.1.3 sowie 5.4.3 nicht zu hören. Ebenfalls von der Hand zu weisen ist die Rüge, die Vorinstanz habe den Kausalzusammenhang zwischen Ziff.

3.2. des Lizenzvertrages und allfälligen Marktauswirkungen in formeller Hinsicht nicht untersucht (vgl. oben E. 4.3.3.4 und 5.5.2). Auf das Argument, die Vorinstanz hätte im Rahmen der Erheblichkeitsprüfung den aktuellen und potentiellen Wettbewerb prüfen müssen, wird nachfolgend eingegangen.

**11.1.4** Das Gesetz definiert den Begriff der Erheblichkeit nicht. Die Botschaft KG 95 verweist auf die entsprechende Praxis, da bereits das Bundesgesetz vom 20. Dezember 1985 über Kartelle und ähnliche Organisationen (KG 85; AS 1986 874) die Erheblichkeit als Voraussetzung für die Anwendbarkeit der materiellen Kartellbestimmung nannte. Zudem wird festgehalten, dass auch die meisten ausländischen Kartellgesetze Erheblichkeits- oder Spürbarkeitskriterien kennen (BBI 1995 I 554). Wie HOCH CLASSEN allerdings zu Recht ausführt, ist der Verweis auf die Praxis zum KG 85 unsachgemäss. Das KG 85 unterschied im Gegensatz zum KG 95 in materiell-rechtlicher Hinsicht zwischen der zivilrechtlichen und der verwaltungsrechtlichen Unzulässigkeit, weswegen nicht mehr auf den Erheblichkeitsbegriff des alten Rechts abzustellen ist (HOCH CLASSEN, a.a.O., S. 267).

**11.1.5** Das Bundesgericht hat sich in der Vergangenheit auf quantitative und qualitative Kriterien bei der Beurteilung der Erheblichkeit einer horizontalen Abrede gestützt, wobei es eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung dann bejaht, wenn die Abrede einen auf dem entsprechenden Markt relevanten Wettbewerbsparameter (Preis, Gebiet, Menge) betrifft und die Beteiligten einen erheblichen Marktanteil halten (vgl. BGE 129 II 18 "Sammelrevers" E. 5.2.1 m.w.H.). Weil das Gesetz davon ausgehe, dass bei (horizontalen) Preisabsprachen vermutungsweise der Wettbewerb beseitigt sei (Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG), stelle eine Aufhebung des Preiswettbewerbs mindestens eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung dar, sofern sie Güter mit einem wesentlichen Marktanteil betreffe. Im betreffenden Fall betrug der Marktanteil rund 90%. Das Bundesgericht nahm eine erheblich Beeinträchtigung des Wettbewerbs an (BGE 129 II 18 "Sammelrevers" E. 5.2.2).

**11.1.6** Die Literatur ist sich nicht einig, ob alleine auf quantitative Kriterien abzustellen ist, oder ob daneben auch qualitative Kriterien Berücksichtigung finden müssen. Auch die Praxis der Vorinstanz zur Erheblichkeit war anfangs uneinheitlich (für eine Übersicht über beide siehe HOCH CLASSEN, a.a.O., S. 269 ff. und 271 ff.; KRAUSKOPF/ SCHALLER, in: BSK-KG, Art. 5 Rn.

155 ff. und 167 ff.). Jedenfalls kann nicht, wie die Beschwerdeführerin behauptet, gesagt werden, nach einhelliger Lehre und Praxis sei im Rahmen der Erheblichkeitsprüfung der potentielle Wettbewerb zu untersuchen. Vielmehr gehen die einhellige Literatur und Praxis davon aus, dass der potentielle Wettbewerb im Rahmen des Umstossens der gesetzlichen Vermutung zu prüfen ist (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-420/2008 vom 1. Juni 2010 "Strassenbeläge Tessin" E. 9 m.w.H.).

**11.1.7** Die Vorinstanz hat von ihrem in Art. 6 KG statuierten Recht Gebrauch gemacht und mit Beschluss vom 18. Februar 2002 die erste Bekanntmachung betreffend die Erheblichkeit vertikaler Abreden erlassen. Darin hat sie konkretisiert, nach welchen Kriterien sie die Erheblichkeit einer vertikalen Wettbewerbsabrede beurteilt. Diese hat sie 2007 resp. 2010 ersetzt. Im untersuchungsrelevanten Zeitraum existierte die VertBek 02. Wie oben (E. 8.4) dargelegt, handelt es sich bei den Bekanntmachungen der Vorinstanz, wie bei Merkblättern oder Kreisschreiben, um Verwaltungsverordnungen, die für das Bundesverwaltungsgericht nicht bindend sind. Sie werden bei der Entscheidungsfindung mitberücksichtigt, sofern sie eine dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegung der anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen zulassen (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-342/2008 vom 23. Juni 2009 E. 4.1.1 m.w.H.).

**11.1.8** Ziff. 3 VertBek 02 zählt diejenigen Abreden auf, die bereits aufgrund ihres Gegenstandes zu einer erheblichen Beschränkung des Wettbewerbs führen. Bst. b nennt direkte oder indirekte Beschränkungen des geografischen Absatzgebietes oder des Kundenkreises für den Weiterverkauf durch den Händler (qualitatives Kriterium). Andere vertikale Abreden als die in Ziff. 3 VertBek 02 genannten gelten in der Regel nicht als erheblich, wenn die von allen beteiligten Unternehmen gehaltenen Marktanteile auf keinem der relevanten Märkte eine Schwelle von 10% überschreiten (Ziff. 4; Bagatellfälle). Diese Regelung findet sich auch in den Folgebekanntmachungen 2007 und 2010 (vgl. Ziff. 12 Bst. b und Ziff. 15 Abs. 2 VertBek 07 bzw. Ziff. 12 Bst. b und Ziff. 16 Abs. 2 VertBek 10). Die Vorinstanz nahm an, dass Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages, welche ein Passivverkaufsverbot vorschrieb, bereits von ihrer Natur her als qualitativ erheblich einzustufen sei. Diese Praxis ist nicht zu beanstanden. Zwar ist grundsätzlich die Erheblichkeit einer Abrede anhand qualitativer und quantitativer Kriterien zu bestimmen. Im vorliegenden Fall genügt allerdings bereits die qualitative Erheblichkeit, wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen. Wenn nämlich das Kartellgesetz selbst in Art. 5 Abs. 4 KG statuiert, dass solche Verbote vermutungsweise den Wettbewerb beseitigen, so ist a maiore ad minus

grundsätzlich auch deren qualitative Erheblichkeit zu bejahen, unabhängig von allfälligen quantitativen Kriterien. Dies entspricht im Übrigen auch der Rechtslage in der Europäischen Union, wo Passivverkaufsverbote grundsätzlich als Kernbeschränkung qualifiziert werden, und es wurde auch in die VertBek 07 sowie die VertBek 10 aufgenommen (vgl. Art. 4 Bst. b Vertikal-GVO 2000; Art. 4 Bst. b Vertikal-GVO 2010; Ziff. 11 de-minimis-Bekanntmachung; Ziff. 12 Bst. b VertBek 07; Ziff. 12 Abs. 2 Bst. b VertBek 10; siehe auch VINCENT MARTENET/ANDREAS HEINEMANN, *Droit de la concurrence*, Genf/Zürich/Basel 2012, S. 92). Eine solche Auslegung ist auch im Sinne des Gesetzeszwecks: die Unterbindung von Versuchen zur Marktabschottung durch Vertikalabreden muss ein vorrangiges Ziel der Wettbewerbspolitik bilden (BBI 2002 2032; AB 2002 N 1294 ff., 1435). Gerade weil das Schweizer Kartellrecht bei Vertikalabreden eine Einzelfallprüfung vorsieht, ist es nicht zu beanstanden, dass Passivverkaufsverbote wie das in Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages vereinbarte von ihrem Gegenstand her als qualitativ erheblich beurteilt werden, besteht doch immer noch die Möglichkeit der Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz. Damit wird dem Gedanken Rechnung getragen, dass selbst auf den ersten Blick qualitativ erhebliche Abreden im Einzelfall wettbewerbsfördernde Wirkungen haben können, welche die Wettbewerbsbeschränkung aufwiegen können.

**11.1.9** Ausserdem hat, wie die Beschwerdeführerin selbst ausführt, die Vorinstanz sich in Rn. 179 mit der Höhe der Angebotsumstellungsflexibilität auseinandergesetzt. Wie oben (E. 9 und insb. E. 9.1.4.3) ausgeführt, ist die Grenze zwischen potentielltem Wettbewerb und Angebotsumstellungsflexibilität fliegend (vgl. auch REINERT/BLOCH, in: BSK-KG, Art. 4 Abs. 2 Rn. 171). Es kann also nicht gesagt werden, dass die Vorinstanz den potentiellen Wettbewerb völlig ausser Acht gelassen hat. Im Gegenteil hat sie ihn an der richtigen Stelle geprüft.

### **xiii. QUALITATIVE ERHEBLICHKEIT**

#### **11.2**

**11.2.1** Die Beschwerdeführerin ist des Weiteren der Ansicht, Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages sei nicht qualitativ erheblich, weil sie nur Importe aus Österreich in die Schweiz betroffen und somit die Schweiz nicht von anderen Ländern abgeschottet habe. Die von der Vorinstanz erwähnten Fälle von vermuteter Abschottung seien allesamt nicht einschlägig. Im Entscheid Volkswagen (RPW 2002/3, S. 196 ff.) sei es um ein Netz von Händlerverträgen in mehreren europäischen Ländern gegangen und es sei nicht festgestellt worden, dass Gebietsabreden per se qualitativ erheblich seien.

Auch der Fall Citroën (RPW 2002/3, S. 455 ff.) habe ein Bündel von selektiven Verträgen betroffen. Ferner sei der Lizenzvertrag eine unter EU-Wettbewerbsrecht zulässige Technologievereinbarung.

**11.2.2** Die Vorinstanz erwidert, die genannten Entscheide seien durchaus einschlägig. In Volkswagen habe die Vorinstanz in einem obiter dictum festgehalten, dass das Verbot von Passivverkäufen als erheblich zu qualifizieren wäre, wenn der Beweis für das Vorliegen der Abrede rechtsgenügend hätte erbracht werden können. Zudem habe Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages sowohl direkte als auch indirekte Exporte verboten. Somit habe die Klausel auch Importe aus anderen Ländern in die Schweiz als Österreich erfasst. Im Übrigen verweist die Vorinstanz auf die angefochtene Verfügung.

**11.2.3** Wie auf der Website der Beschwerdeführerin ersichtlich, ist sie in den an die Schweiz angrenzenden Ländern mit Tochtergesellschaften am Markt tätig. Einzige Ausnahme bildet Österreich, wo Gebro die Produkte der Beschwerdeführerin herstellt und vertreibt. Da somit in allen Ländern ausser in Österreich die Herstellung und der Vertrieb von Elmex rot gruppenintern erfolgen, wurde durch Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages vom 1. Februar 1982 die auf dem einzigen nicht von der Gruppe der Beschwerdeführerin kontrollierten Markt tätige Herstellerin mit einem Passivverkaufsverbot belegt. Hiermit wurde der Schweizer Markt von den Märkten der umliegenden Länder abgeschottet. Daran vermögen die Vorbringen der Beschwerdeführerin nichts zu ändern. Im Übrigen handelt es sich bei Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages um eine absolute Gebietsschutzklausel, welche bereits von ihrer Natur her als qualitativ erheblich anzusehen sind (vgl. oben E. 11.1.7). Schliesslich wurde bereits unter E. 8.5.6 dargelegt, warum der Lizenzvertrag nicht als Technologietransfervereinbarung zu rechtfertigen ist.

**11.2.4** Das Bundesverwaltungsgericht stellt nach dem Gesagten fest, dass die Vorinstanz zu Recht davon ausgegangen ist, Ziff. 3.2 stelle eine qualitativ erhebliche Wettbewerbsbeschränkung dar. Damit handelt es sich, wie vorstehend ausgeführt, auch insgesamt um eine den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abrede. Dies gilt auch dann, wenn man die Abrede auf ihre quantitative Erheblichkeit hin untersucht, was nachfolgend der Vollständigkeit halber aufgezeigt wird.

#### **xiv. QUANTITATIVE ERHEBLICHKEIT**

### **11.3**



**11.3.1** Die Beschwerdeführerin macht geltend, in quantitativer Hinsicht sei zu prüfen, wie stark der Markt von einer Abrede tatsächlich tangiert sei. Dabei sei insbesondere das Ausmass des aktuellen und potentiellen Wettbewerbs sowie die Stellung der Marktgegenseite relevant. Es müsse zudem untersucht werden, ob genügend Intra-brand- und Inter-brand-Wettbewerbs bestehe. Die Schlussfolgerungen der Vorinstanz seien in diesem Punkt widersprüchlich. Einerseits halte sie fest, der aktuelle Wettbewerb spiele in genügendem Ausmass, ein anderes Mal, dass gewisser Inter-brand-Wettbewerb herrsche, und schliesslich, dass Intra-brand-Wettbewerb spiele. Richtig sei, dass vorliegend wie dargelegt wirksamer Wettbewerb herrsche. Dabei sei logisch und von Lehre und Rechtsprechung anerkannt, dass die quantitative Erheblichkeitsprüfung nach den gleichen Kriterien zu untersuchen sei wie die Frage, ob die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung umgestossen werden könne. Die Analyse unterscheide sich nur im Mass der Wettbewerbsbeeinträchtigung. Es sei jedoch immer auch der potentielle Wettbewerb zu prüfen, was die Vorinstanz versäumt habe. Zu den vier Kriterien selbst führt die Beschwerdeführerin folgendes aus: (i) Die Vorinstanz erläutere nicht, welchen Einfluss die Marktstellung und der Bekanntheitsgrad von Elmex rot auf den wirksamen Wettbewerb in der Schweiz gehabt haben sollen. (ii) Die Behauptung, aufgrund der Marktanteile sei die Erheblichkeit der Abrede zu bejahen, sei reine Spekulation. Zudem habe das RBB Expertengutachten die angebliche Marktmacht der Beschwerdeführerin widerlegt. (iii) Das angebliche Preisgefälle zwischen der Schweiz und Österreich sei nicht im Rahmen der Erheblichkeitsprüfung zu analysieren. Es sei ausserdem gerichtsnotorisch, dass die Preise in der Schweiz für eine grosse Anzahl von Produkten zumindest nicht-kaufkraftbereinigt höher seien als im Ausland. Die Beschwerdeführerin habe gezeigt, dass die Preise in Österreich kaufkraftbereinigt praktisch identisch mit den Schweizer Preisen seien und nicht-kaufkraftbereinigt nur 29% unter denen in der Schweiz lägen. Zudem sei es schwierig, einen durchschnittlichen Einstandspreis zu ermitteln, die Kosten für den Vertrieb in der Schweiz seien höher und die grossen ausländischen Kunden würden wegen der grossen abgenommenen Mengen grössere Rabatte als die Schweizer Kunden erhalten. Die Analyse der Vorinstanz habe zudem gezeigt, dass in beiden Ländern die gleichen Endverkaufspreise gälten. Es sei nicht nachvollziehbar, wie die Vorinstanz zur Behauptung gelange, Elmex rot werde in der Schweiz vor allem im oberen Bereich verkauft. Schliesslich sei auch die fehlende Aktionstätigkeit für Elmex rot im Ausland völlig ausgeblendet worden. (iv) Die Preissenkungen von Coop im Jahr 2009 seien auf die Fusion Migros/Denner zurückzuführen und nicht, wie die Vorinstanz behaupte, auf die Importe der Anzeigerin. Das zeige sich

daran, dass auch die Importe von Spar, dessen Unternehmensgrösse mit derjenigen der Anzeigerin vergleichbar gewesen sei, keinen Einfluss auf die Preispolitik der zwei grossen Detailhändler gehabt hätten. Die Vorinstanz handle widersprüchlich, wenn sie die Importe von Spar bei der Intra-brand-Wettbewerbsprüfung berücksichtige, bei der qualitativen Erheblichkeit jedoch nicht. Auch der Verkauf von Elmex rot durch die Denner-Satelliten habe im untersuchungsrelevanten Zeitraum die Preise von Migros und Coop nicht beeinflusst; ebenso wenig der Vertrieb über Carrefour, welche ungefähr den gleichen bzw. einen grösseren Marktanteil als die Anzeigerin hatte, wenn nur die Denner-Discount-Läden betrachtet würden. Ähnlich hat sich die Beschwerdeführerin an der Verhandlung vom 10. Oktober 2013 sowie in ihrer Eingabe vom 30. Oktober 2013 geäussert. Die Beschwerdeführerin ist schliesslich der Ansicht, nach einhelliger Lehre und Praxis sei bei der Erheblichkeitsprüfung der potenzielle Wettbewerb zu analysieren, und verweist u.a. auf die hohe Angebotsumstellungsflexibilität.

**11.3.2** Die Vorinstanz bringt zur Frage der Erheblichkeit allgemein vor, es handle sich bei Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages um eine Kernbeschränkung, die in der EU in aller Regel unter das Kartellverbot von Art. 101 Abs. 1 AEUV falle. Aus diesem Grund würde sie weder nach der Vertikal-GVO noch nach der de-minimis-Bekanntmachung als unbedenklich angesehen. Zwar sei gemäss den neuen Leitlinien der Kommission betreffend vertikale Vereinbarungen eine Einzelfreistellung basierend auf einer Effizienzeinrede möglich. Dabei obliege dem Unternehmen die Beweislast, und eine solche Freistellung müsse mit Effizienzgründen gerechtfertigt werden, was vorliegend nicht der Fall sei. Darüber hinaus werde in der EU davon ausgegangen, dass Kernbeschränkungen den Wettbewerb spürbar, also erheblich, beeinträchtigen, was auch in Ziff. 12 Abs. 2 Bst. b VertBek 07 übernommen worden sei. Bei solchen Abreden genügten in quantitativer Hinsicht tiefe Anforderungen. Zu den einzelnen Kriterien bringt die Vorinstanz folgendes vor: (i) Wie die Parteigutachter richtig festgehalten hätten, könne die Austauschbarkeit der Güter selbst innerhalb eines einzigen Marktes unterschiedlich sein. Eine geringere Austauschbarkeit gehe mit einem geringeren Wettbewerbsdruck der übrigen Güter im relevanten Markt einher. Die Vorinstanz habe bei der Marktabgrenzung denn auch festgehalten, dass Elmex rot durch das medizinische Image erfolgreich Produktdifferenzierung betreibe. Diese reiche jedoch nicht aus, um einen eigenen Markt zu definieren. (ii) Die Ausführungen zu den Marktanteilen basierten auf den Ergebnissen der Analyse der aktuellen Konkurrenz. Marktanteile seien ein Indikator für Marktmacht. (iii) Der Konnex zwischen dem Preisgefälle Schweiz-Österreich und der Erheblichkeitsprüfung liege darin, dass

bei einem wirksamen Wettbewerbsdruck aus Importen und potentiell dem Wettbewerb keine signifikanten Unterschiede mehr bestehen könnten. Zum Abstellen auf kaufkraftbereinigte Preise macht die Vorinstanz zunächst geltend, es sei unwahrscheinlich, dass die höheren Kosten in der Schweiz z.B. für das Marketing einen Preisunterschied von 40% ausmachen würden. Die Gründe für die Differenz seien jedenfalls bei der Ermittlung des Arbitragepotenzials unerheblich. Zudem liessen sich die unterschiedlichen Preisdifferenzen der Vorinstanz und der Beschwerdeführerin mit den verwendeten Berechnungsmethoden erklären. Ferner bestehe das Arbitragepotenzial unabhängig von der Kaufkraft, da für einen Importeur die Nominalpreise massgebend seien. Zutreffend sei, dass der Vorinstanz nicht bekannt sei, welche Mengen zu welchen Endverkaufspreisen in Österreich verkauft würden. Die Erklärung der Vorinstanz zum Preisdifferenzial der Endverkaufspreise im Vergleich zu den Einstandspreisen sei als eine mögliche Erklärung hiervon zu betrachten. Die Differenz der Endverkaufspreise spiele schliesslich bei der Erheblichkeitsprüfung nur eine marginale Rolle. Zentral sei das Preisgefälle der Einstandspreise. Im Übrigen sei nicht aktenkundig, dass im Ausland fast keine Aktionen für Elmex rot durchgeführt würden. Die Beschwerdeführerin belege diese Behauptung nicht. (iv) Zum feststellbaren Effekt von Parallelimporten trägt die Vorinstanz vor, die Verfügbarkeit von Elmex rot bei Carrefour habe sich aufgrund der lediglich 12 Verkaufspunkte beschränkt auf den Intra- und Interbrand-Wettbewerb ausgewirkt. Dasselbe gelte für Spar und Pick-Pay. Erst durch den Verkauf von Elmex rot bei der Anzeigerin sei der Preis gefallen. Das zeige sich des Weiteren auch daran, dass seit Bekanntwerden der Importmöglichkeit Gebro in einem Umfang Lieferanfragen aus der Schweiz erhalten habe, dass die Mengen nicht für alle Anfragen bereitgestellt werden konnten. Zur Kausalität und der Analyse des potentiellen Wettbewerbs führt die Vorinstanz schliesslich aus, in Rn. 310 der angefochtenen Verfügung sei die quantitative Erheblichkeitsprüfung aufgezeigt worden. Die Kriterien basierten auf den Ergebnissen der Analyse der aktuellen Konkurrenz. Die Stellung der Marktgegenseite sei von untergeordneter Bedeutung und sei zudem bei der Prüfung des aktuellen Wettbewerbs berücksichtigt worden. Eine Analyse des potentiellen Wettbewerbs hätte am Fazit zudem nichts geändert, da dessen Vorliegen zu keinem signifikanten Preisgefälle zwischen der Schweiz und Österreich geführt hätte, was nachweislich nicht der Fall sei. Das Ausmass des Intra- und Interbrand-Wettbewerbs reiche zur Widerlegung der Vermutung aus, nicht jedoch um die Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung zu widerlegen.

**11.3.3** Zum einleitenden Argument der Beschwerdeführerin, nach einhelliger Lehre und Praxis müsse die Frage der Erheblichkeit einer Wettbewerbsabrede nach denselben Kriterien untersucht werden wie die Frage, ob eine den Wettbewerb vermutlich beseitigende Abrede vorliegt, ist auf die bisherigen Ausführungen hierzu zu verweisen (E. 11). Insofern stellt das Bundesverwaltungsgericht erneut fest, dass der aktuelle und potentielle Wettbewerb sowie der Intra- und Interbrand-Wettbewerb im Rahmen der Widerlegung der vermuteten Wettbewerbsbeseitigung zu prüfen sind. Im Rahmen des Erheblichkeitstests sind hingegen anhand qualitativer und quantitativer Kriterien die Auswirkungen der Abrede auf den Wettbewerb zu analysieren. Zu den von der Vorinstanz geprüften Kriterien ist folgendes festzuhalten:

**11.3.4** Literatur und Praxis sind sich zumindest einig, dass die quantitative Erheblichkeit einer Abrede mittels der Analyse der Marktanteile der beteiligten Unternehmen zu prüfen ist (vgl. oben E. 11.1.6). Das wird insbesondere mit dem Gebot der Rechtssicherheit begründet, sowie gestützt auf die europäische Praxis, wo ebenfalls mit Marktanteilsschwellen operiert wird. Allerdings ist zu beachten, dass Passivverkaufsverbote gemäss europäischer Rechtslage als schwerwiegende wettbewerbsbeschränkende Abreden gelten, die unabhängig von den Marktanteilen nicht von der GVO freigestellt sind (vgl. Art. 4 Bst. b sowohl der GVO 1999 als auch der GVO 2010, wie auch Ziff. 11 der de-minimis-Bekanntmachung). Die Praxis der Vorinstanz ist in dieser Frage differenzierter. Zwar werden Passivverkaufsverbote auch in der Schweiz als erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigungen aufgrund des Gegenstandes angesehen, unabhängig von den Marktanteilen der an der Abrede beteiligten Unternehmen (vgl. Ziff. 3 Bst. b i.V.m. Ziff. 4 Abs. 1 VertBek 02; Ziff. Ziff. Bst. b i.V.m. Ziff. 13 Abs. 1 und Ziff. 14 VertBek 07). Indes hat die Vorinstanz in der Vergangenheit die Erheblichkeit regelmässig anhand qualitativer und quantitativer Kriterien untersucht (für eine Übersicht vgl. HOCH CLASSEN, a.a.O., S. 271 ff.). Diese Praxis wurde im Übrigen in Ziff. 12 Abs. 1 der VertBek 10 übernommen, wonach die Prüfung der Frage, ob eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung vorliegt, einzelfallweise erfolgt in Abwägung qualitativer wie auch quantitativer Kriterien in einer Gesamtbeurteilung. Die Vorinstanz führt hierzu in ihrer Duplik aus, neuerdings sei auch in der EU eine Einzelfreistellung von Abreden aus Effizienzgründen möglich. Sie verweist auf die Leitlinien der Kommission für vertikale Beschränkungen 2010, insbesondere auf Rn. 47 ff. An dieser Stelle wird auf die Möglichkeit von Unternehmen hingewiesen, im Einzelfall nach Art. 101 Abs. 3 AEUV wettbewerbsfördernde Wirkungen nachzuweisen, um eine Freistellung der Abrede zu erlangen. Dabei wird

auf die Rn. 106 bis 109 der Leitlinien verwiesen. Dort werden dieselben Effizienzgründe aufgelistet, welche sich in Ziff. 5 VertBek 02, Ziff. 4 VertBek 07 bzw. Ziff. 16 VertBek 10 unter dem Titel "Rechtfertigung" finden. Demnach gilt in der EU, dass Passivverkaufsverbote als Kernbeschränkungen nicht freigestellt sind, unabhängig von den Marktanteilen der an der Abrede beteiligten Unternehmen. Solche Verbote werden bereits von ihrer Natur her als qualitativ erhebliche Abreden angesehen, ohne dass das quantitative Kriterium (die Marktanteilsschwellen) zu beachten wären. Eine Rechtfertigung von solchen Abreden ist in der EU nur noch aus den in Rn. 106 ff. der Leitlinien der Kommission für vertikale Beschränkungen genannten Effizienzgründen möglich. Da der Schweizer Gesetzgeber in Art. 5 Abs. 4 KG statuiert, dass Gebietsabreden den Wettbewerb vermutungsweise beseitigen, ist wie bereits ausgeführt a maiore ad minus auch bei einer Abrede wie der vorliegenden eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs gegeben, unabhängig von allfälligen Marktanteilen. Allerdings ist diese Abrede dadurch nicht per se verboten. Eine Rechtfertigung ist noch immer aus den in Art. 5 Abs. 2 KG genannten Gründen möglich. Damit wird der Tatsache Rechnung getragen, dass selbst Wettbewerbsabreden, die auf den ersten Blick als erheblich beschränkend erscheinen, in Wirklichkeit die wirtschaftliche Effizienz erhöhen können.

#### **xv. ZWISCHENFAZIT: ERHEBLICHKEIT GEGEBEN**

Das Bundesverwaltungsgericht gelangt demnach zum Schluss, dass die Vorinstanz zu Recht angenommen hat, Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages vom 1. Februar 1982 stelle eine den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abrede dar. Im Folgenden ist zu untersuchen, ob sich die Abrede aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lässt.

#### **12. ZUR FRAGE DES KAUSALZUSAMMENHANGS**

##### **12.**

**12.1** Die Beschwerdeführerin bringt vor, der Kausalzusammenhang sowie die Frage, ob der Lizenzvertrag zwischen den Vertragsparteien gelebt wurde, sei in materieller Hinsicht nicht richtig geprüft worden. Dieses Vorbringen hat sie an der Verhandlung vom 10. Oktober 2013 wiederholt. Wie bereits festgestellt, hat die Vorinstanz in formeller Hinsicht unter Wahrung des Untersuchungsgrundsatzes in Rn. 106-118 der angefochtenen Verfügung sich eingehend mit der Frage des Kausalzusammenhanges auseinandergesetzt sowie mit dem Vorbringen der Beschwerdeführerin, Ziff. 3.2. des Lizenzvertrages sei nicht eingehalten worden, was sich darin zeige, dass seit mehreren Jahren Parallelimporte z.B. über Spar stattfänden (vgl.

E. 4.3.3.4 und 5.5.2). Hinsichtlich des materiellen Aspekts dieser Rüge ist festzustellen, dass insbesondere in Rn. 107 ff. der angefochtenen Verfügung dargelegt wird, warum die Vorinstanz die Importe von Spar als Spezialfall ansieht. Angesichts der Tatsache, dass Spar Schweiz über [...] *indirekt* importiert und [...] einer der wichtigsten Kunden von Gaba-Produkten in Österreich ist, der obendrein aufgrund der vertraglichen Marktversorgungspflicht von Gebro beliefert werden muss, ist diese Argumentation nicht zu beanstanden. Es ist nach dem Gesagten nicht aktenwidrig, wenn die Vorinstanz aus diesen Tatsachen den Schluss gezogen hat, es hätten keine *direkten* Lieferungen von Gebro an ein Schweizer Unternehmen stattgefunden. Ferner wird in Rn. 112 ff. der angefochtenen Verfügung untersucht, ob die Nichtbelieferung der Anzeigerin auf andere Gründe wie das Schweizer Heilmittelrecht oder mangelndes Interesse der Marktteilnehmer zurückzuführen ist. Die Vorinstanz hat demnach geprüft, ob es Parallelimporte aus Österreich in die Schweiz gab. Als sie keine namhafte Menge feststellen konnte, untersuchte sie, worauf dies zurückzuführen sei. Damit hat sie geprüft, ob es einen Zusammenhang zwischen dem Lizenzvertrag und der Wettbewerbsbeschränkung gab, oder ob es andere Gründe für die mangelnden Parallelimporte gab. Im Übrigen ist es, wie die Vorinstanz zu Recht feststellt, gerade der Zweck einer Klausel mit dem Wortlaut "weder direkt noch indirekt Exporte in andere Länder vorzunehmen", dass keine Exporte aus Österreich in die Schweiz stattfinden sollen. Daran ändern auch die Vorbringen nichts, die Beschwerdeführerin habe bewiesen, dass die Anzeigerin bei Gebro nie für Parallelimporte nachgefragt habe und kein anderer Detailhändler daran Interesse gehabt habe. Zu Ersterem ist auf Rn. 129 der angefochtenen Verfügung zu verweisen, welche lautet: "Der Belieferungsversuch von Denner bei Gebro konnte jedoch nicht rechtsgenügend nachgewiesen werden." Die Vorinstanz hat folglich durchaus die Umstände der Lieferanfrage von Denner berücksichtigt. Die Feststellung, dass der Versuch nicht rechtsgenügend bewiesen werden konnte, ändert nichts an der in den vorangegangenen Randnummern getroffenen Schlussfolgerung bezüglich der Kausalität von Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages. Zum Vorbringen der Beschwerdeführerin, sie habe nachgewiesen, dass kein anderer Detailhändler Interesse an Parallelimporten gehabt hätte, ist schliesslich auf Rn. 218 der angefochtenen Verfügung zu verweisen, welche lautet: "Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass sich ein Parallelimport von Elmex rot laut Aussagen der Marktteilnehmer lediglich für Denner und Spar betriebswirtschaftlich lohnt, wobei Denner dieser Arbitragemöglichkeit erstmals im September 2009 ausnutzte." Ebenfalls berücksichtigt hat die Vorinstanz demnach, ob die spärlichen Pa-

parallelimporte sich durch mangelndes Interesse der Marktteilnehmer erklären lassen. Damit wurde ein Kausalzusammenhang zwischen Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages und der Wettbewerbsbeschränkung erstellt.

## **12.2**

**12.2.1** Die Beschwerdeführerin macht unter den Titeln "Verletzung des rechtlichen Gehörs" und "Verletzung der Untersuchungsmaxime" geltend, die Vorinstanz habe bei der Analyse der Erheblichkeit auf falsche Daten aus dem Jahr 2009 abgestellt und die Argumente im RBB Kurzgutachten nicht berücksichtigt. Wie das Bundesverwaltungsgericht bereits oben festgestellt hat, liegt in diesem Zusammenhang keine Verletzung formeller Rechte vor (vgl. oben E. 4.3.3.2, 4.3.3.4, 5.3.2, 5.4.3). Die Beschwerdeführerin ergänzt, im RBB Kurzgutachten sei dargelegt worden, dass die Preissenkungen von Coop im Jahr 2009 nicht auf die Parallelimporte der Anzeigerin zurückzuführen seien, sondern auf einen Strategiewechsel von Coop. Im Rahmen des Strategiewechsels, welcher aufgrund der Fusion Migros/Denner nötig gewesen sei, habe Coop auf Anfang 2009 die Preise von ca. 600 Markenartikeln gesenkt. Letzteres hat sie auch anlässlich der Verhandlung vom 10. Oktober 2013 ausgeführt. Daher sieht die Beschwerdeführerin den Kausalzusammenhang als nicht erstellt an.

**12.2.2** Die Vorinstanz entgegnet, der Preisabschlag von Coop auf Elmex rot sei praktisch zeitgleich mit der Preisreduktion durch die Anzeigerin auf Elmex rot erfolgt. Dies sei die Reaktion von Coop auf die Parallelimporte von Denner gewesen und habe nichts mit den 600 Markenartikeln zu tun, da Elmex rot nicht unter den 600 Markenartikeln zu finden gewesen sei. Dasselbe hat die Vorinstanz in Rn. 310 der angefochtenen Verfügung sowie anlässlich der Verhandlung vom 10. Oktober 2013 ausgeführt.

**12.2.3** Aus den vorinstanzlichen Akten ergibt sich, dass die Anzeigerin Elmex rot ab dem 16. März 2009 zu einem Preis von CHF 4.40 verkaufte, und dass Coop im Mai 2009 ebenfalls den Preis auf dieses Niveau senkte. Dasselbe tat Coop, als die Anzeigerin im Februar 2010 den Preis für Elmex rot auf CHF 3.75 reduzierte. Dies geschah, obwohl die Beschwerdeführerin per 1. April 2008 den Abgabepreis ihrer Produkte für den Schweizer Markt erhöhte (vgl. Rn. 237 der angefochtenen Verfügung). Die Beschwerdeführerin behauptet nun, das Verhalten von Coop sei auf den Strategiewechsel zurückzuführen, der nach der Fusion Migros/Denner nötig geworden sei. Dies werde auch durch das RBB Kurzgutachten belegt. Hierzu ist folgendes festzustellen: Die Fusion von Migros und Denner wurde durch die Vo-

rinstanz mit Verfügung vom 3. September 2007 genehmigt. Dass Coop darauf erst im Frühjahr 2009 und 2010 reagierte, erscheint unwahrscheinlich. Ein Zusammenhang zwischen den Preissenkungen der Anzeigerin und denjenigen von Coop, welche jeweils einige Monate auseinander lagen, scheint dem Bundesverwaltungsgericht naheliegender zu sein, zumal Elmex rot von der Preisreduktion auf 600 Markenartikeln (dem sog. Strategiewechsel) nicht betroffen war. Auch mit dem Vorbringen, im RBB Kurzgutachten sei dargelegt worden, dass die Preisreduktionen von Coop auf Elmex rot ab März 2009 sowie Anfang 2010 ein Strategiewechsel dargestellt hätten, vermag die Beschwerdeführerin nicht durchzudringen. Wie die Vorinstanz nämlich zu Recht ausführt, untersuchte das RBB Kurzgutachten die Preispolitik von Coop im Zeitraum August 2006 bis Februar 2009. Indes senkte Coop den Preis für Elmex rot nicht im Rahmen der im Gutachten untersuchten Preisreduktion von Markenartikeln, sondern erst im Mai 2009 und somit 3 Monate nach dem von RBB untersuchten Zeitraum. Nach dem Gesagten vermag die Beschwerdeführerin mit ihren Vorbringen nicht durchzudringen.



### 13. RECHTFERTIGUNGSGRÜNDE

13. Den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abreden können gemäss Art. 5 Abs. 2 KG aus Gründen wirtschaftlicher Effizienz gerechtfertigt werden, wenn sie

- 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
- a. den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.

Diese Aufzählung der Rechtfertigungsgründe ist abschliessend. Zur Rechtfertigung genügt es, dass einer von ihnen gegeben ist (BGE 129 II 18 "Sammelrevers" E. 10.3). Die Prüfung der Rechtfertigungsgründe erfolgt stets im Einzelfall.

Die Beschwerdeführerin trägt vor, die Vorinstanz habe die von ihr geltend gemachten Rechtfertigungsgründe zu Unrecht nicht berücksichtigt, so das Bestehen eines Selektivvertriebssystems (E. 13.1), das Vorliegen von regulatorischen Importbeschränkungen (E. 13.2), die Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes und des rechtlichen Gehörs (E. 13.3), den fehlenden Kausalzusammenhang (E. 13.4), den vereinfachten Marktzugang in Österreich (E. 13.5) und die Kapazitätsengpässe von Gebro (E. 13.6). Diese Vorbringen sind nachfolgend einzeln zu untersuchen.

#### xvi. SELEKTIVVERTRIEB

##### 13.1

13.1.1 Nach Ansicht der Beschwerdeführerin ist Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages gerechtfertigt, weil sie gemäss ihrem Selektivvertriebssystem nur an Einzelhändler verkaufe, welche die internen, rein qualitativen Kriterien erfüllten. Diese legten einen Mindeststandard bezüglich Ladengestaltung und Erscheinungsbild, Präsentation und Oral-Care-Sortiment und der Schulung des Personals fest. Wie aus den Beschwerdebeilagen 14 und 31 hervorgehe, erfülle und akzeptiere auch die Anzeigerin diese Kriterien, seit sie sich 2008/2009 verpflichtet habe, ihre Kompetenz im Bereich Personal-Care auszubauen und mehrere Artikel von der Beschwerdeführerin ins Sortiment aufzunehmen. Die gegenteilige Behauptung der Vorinstanz, wonach "New Denner" bereits 2004 umgesetzt worden sei, sei aktenwidrig. Der Umbau der Denner-Läden dauere noch immer an und derjenige der übernommenen Pick Pay-Geschäfte habe erst im Jahre 2005 begonnen,

was sich aus dem Protokoll der Zeugenanhörung vom 6. Juli 2009 ergebe (act. 370). Ausserdem gehe aus den Akten hervor, dass die Anzeigerin die notwendigen Anpassungen zum Verkauf von Elmex rot vor Aufnahme der Lieferbeziehungen vorgenommen habe. Hätte die Anzeigerin bereits 2004 mit "New Denner" die Kriterien erfüllt, wären diese Anpassungen nicht notwendig gewesen. Die angefochtene Verfügung behaupte zudem, Elmex rot erfordere als Gut des täglichen Bedarfs keinen Selektivvertrieb, da es in keine der üblichen Kategorien falle und die Qualität von Elmex rot durch die Beschwerdeführerin bestimmt werden. Dabei werde ausgeblendet, dass es keinen Numerus clausus von Produkten gebe, die selektiv vertrieben werden könnten. Vielmehr komme es auf die besondere Vorstellung und das spezielle Image des Produktes an. Bei Elmex rot sei dies das medizinische Image und die überdurchschnittliche Qualität. Die Produktdifferenzierungsstrategie der Beschwerdeführerin sei nur deshalb so erfolgreich gewesen, weil die Beschwerdeführerin ihre Vertriebspartner in der Vergangenheit nach selektiven Kriterien ausgewählt habe. Dies bestätige auch die Marktbefragung. Unerheblich sei, dass andere Zahnpastamarken auch bei Discountern angeboten würden. Nur wegen ihrer abweichenden Vertriebsstrategie habe die Beschwerdeführerin das besondere medizinische Image von Elmex rot erschaffen können. Ebenfalls irrelevant für die Beurteilung des Lizenzvertrages nach Schweizer Recht sei die Vertriebsstrategie im Ausland. Falsch sei zudem die Behauptung, Gebro habe bestätigt, dass ein Selektivvertriebssystem nicht erforderlich sei. Aus Ziff. 11.2 des Lizenzvertrages gehe hervor, dass Gebro in Österreich zuerst nur den Fachhandel beliefert und auf einen Verkauf an Discounter wie Aldi, Lidl oder Norma verzichtet habe. Unzutreffend sei schliesslich die Behauptung, die Beschwerdeführerin setze die selektiven Auswahlkriterien nicht einheitlich um. Es könne nicht sein, dass die Vorinstanz den relevanten Markt national abgrenze und zugleich mit Verweis auf die Anwendung der Kriterien im Ausland deren Umsetzung in der Schweiz für uneinheitlich ansehe. Abgesehen davon werde Elmex rot in Frankreich oder Belgien nur in Apotheken oder Drogerien vertrieben. Auch der Drogeriemarkt Schlecker erfülle im Übrigen die Kriterien.

**13.1.2** Die Vorinstanz hält dem entgegen, das Konzept "New Denner" sei gemäss Pressemitteilung der Anzeigerin vom 3. März 2005 Ende 2004 planmässig zu Ende geführt worden. Dies sei auch anlässlich der Zeugenanhörung vom 6. Juli 2009 bestätigt worden. Zu Pick Pay führt die Vorinstanz aus, zum Zeitpunkt der Übernahme durch die Anzeigerin sei das Unternehmen mit Elmex rot beliefert worden, also müssten die Verkaufsstellen die Auswahlkriterien erfüllt haben. Ferner sei es unwahrscheinlich,

dass die Anzeigerin im Jahr 2007/2008 aufgrund der Einführung des Frischprodukte-Konzepts die Selektivvertriebskriterien auf einmal erfüllt habe, zumal der Verkauf von Zahnpasta wenig Gemeinsamkeit mit dem von Frischprodukten habe. Zudem würden entgegen den Behauptungen der Beschwerdeführerin die Beschwerdebeilagen 14 und 31 nicht belegen, dass die Anzeigerin erst beliefert worden sei nachdem sie die notwendigen Anpassungen zum Verkauf von Elmex rot vorgenommen hatte, insbesondere bezüglich der Produktgestaltung, der Schulung des Personals und des Sortiments. Die einzige gemäss Beilage 31 per 17. März 2008 noch nicht umgesetzte Massnahme habe die geplante Aufnahme mehrerer Artikel der Beschwerdeführerin nebst Elmex rot betroffen. Bei den übrigen in den Beilagen 14 und 31 aufgelisteten Tatbeständen handle es sich um Argumente der Anzeigerin, weshalb sie die Selektivkriterien vor und nach den Verhandlungen im Jahr 2008/2009 erfüllt habe. Sodann erscheine es unglaubwürdig, dass die Verpflichtung der Anzeigerin, mehrere Artikel der Beschwerdeführerin nebst Elmex rot ins Sortiment aufzunehmen, die notwendige Anpassung für die Erfüllung der Selektivvertriebskriterien gewesen sei. Im Übrigen ändere dies nichts an der Tatsache, dass es Gebro bis zum 1. September 2006 verboten gewesen sei, direkt oder indirekt Exporte in andere Länder vorzunehmen.

**13.1.3** In der angefochtenen Verfügung werden die von der Beschwerdeführerin genannten Selektionskriterien für den Vertrieb von Elmex rot aufgeführt. Sie betreffen die Ladengestaltung und das Erscheinungsbild, die Präsentation der Produkte, das Oral-Care-Sortiment und die Präsentation bei Promotionen. In Rn. 147 der angefochtenen Verfügung gelangt die Vorinstanz zum Schluss, dass die Beschaffenheit von Elmex rot einen selektiven Vertrieb nicht erfordere. Als Gut des täglichen Bedarfs sei es weder ein Prestige- und Luxusobjekt noch ein technisch hochstehendes Produkt, welches besondere Fachkenntnisse bedinge. Dies zeige sich u.a. daran, dass Elmex rot in aller Regel wie andere Zahnpasten auch in den Regalen von Detailhändlern ohne Beratung angeboten werde. Zudem sei die Qualität von Elmex rot von der Beschwerdeführerin abhängig und nicht vom Verkaufspunkt. Gegen das Vorliegen eines Selektivvertriebs in der Schweiz spreche zudem die Tatsache, dass Gebro bestätigt habe, in Österreich existiere keine Vereinbarung über den selektiven Vertrieb. Selbst wenn man annähme, dass die Beschwerdeführerin ein selektives Vertriebssystem in der Schweiz errichtet habe, sei es nicht diskriminierungsfrei angewendet worden. So beliefere die Beschwerdeführerin Denner-Satelliten und Convenience/Tankstellenshops und habe früher auch an Pick Pay verkauft. In Österreich würden zudem der Anbieter Schlecker und in

Deutschland der Netto-Marken-Discount von EDEKA, die miniMal-Märkte von Rewe, Schlecker sowie die Internethändler Apo-Discount.de, Dent Di und biopa beliefert.

**13.1.4** Bereits in der VertBek 02 wurde als Rechtfertigungsmöglichkeit für erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen das Vorhandensein eines Selektivvertriebssystems vorgesehen (Ziff. 5 Bst. d VertBek 02). Die Definition wurde in die VertBek 07 bzw. 10 übernommen: Demnach liegt ein selektives Vertriebssystem vor, wenn zwischen Lieferant und Händler eine Vereinbarung getroffen wird, wonach der Anbieter die Vertragswaren oder die Dienstleistungen nur an Händler verkaufen darf, die aufgrund festgelegter Merkmale ausgewählt werden und diese Händler die betreffenden Waren oder Dienstleistungen nicht an Händler weiter verkaufen dürfen, die nicht zum Vertrieb zugelassen sind. Das entsprach dem Wortlaut der damals geltenden VO 2790/1999 und entspricht der heutigen europäischen Rechtslage (vgl. Art. 1 Abs. 1 Bst. e VO 330/2010). Die VertBek 07 und 10 definieren zudem den Begriff des rein qualitativen Selektivvertriebs als Vertriebssystem, bei dem die Auswahl der Händler ausschliesslich nach objektiven qualitativen Kriterien erfolgt, die sich nach den Anforderungen des betreffenden Produkts z.B. in Bezug auf die Verkäuferschulung, den in der Verkaufsstätte gebotenen Service oder ein bestimmtes Spektrum der angebotenen Produkte richten (Ziff. 4 Abs. 2 VertBek 07 und VertBek 10). Solche Vertriebssysteme sind unerheblich, soweit die Beschaffenheit des fraglichen Produkts diese Vertriebsart erfordert, die Wiederverkäufer aufgrund objektiver Kriterien qualitativer Art ausgewählt werden, welche einheitlich festgelegt und unterschiedslos angewendet werden und die Kriterien verhältnismässig sind (Ziff. 8 Abs. 4 VertBek 07). Auch diese Regelung stammte vom europäischen Recht ab (vgl. Rn. 185 der Leitlinien Vertikal-GVO 2000; siehe auch Rn. 175 der Leitlinien Vertikal-GVO 2010; EuGH, Rs. 26/76, *Metro SB-Grossmärkte/Kommission*, Slg. 1977, 1875, Rn. 20; EuGH, Rs. 31/80, *L'Oréal*, Slg. 1980, 3775, Rn. 15 f.), und wird von der Beschwerdeführerin nicht beanstandet. Es ist allerdings zu prüfen, ob sie in casu richtig angewendet wurde.

**13.1.5** Die von der Beschwerdeführerin genannten Selektivvertriebskriterien gelten grundsätzlich als anerkannt. Allerdings ist zu prüfen, ob die Voraussetzungen erfüllt sind, welche einen qualitativen Selektivvertrieb erforderlich machen. So muss die Beschaffenheit von Elmex rot den Selektivvertrieb rechtfertigen, etwa zur Qualitätswahrung oder um den richtigen Gebrauch der Ware sicherzustellen. Dies ist in casu aus mehreren Grün-

den fraglich. Zunächst ist nicht nachvollziehbar, dass die Beschwerdeführerin, obwohl sie geltend macht, das sehr hohe Qualitätsimage von Elmex rot mache einen Selektivvertrieb erforderlich, ab 2006 diesen als entbehrlich ansah. Aus dem neuen Lizenzvertrag vom 1. September 2006 ergibt sich, dass die Parteien keinen selektiven Vertrieb vereinbart haben. Insofern ist es widersprüchlich, wenn die Beschwerdeführerin behauptet, aufgrund der Beschaffenheit von Elmex rot sei ein solcher in der Vergangenheit nötig gewesen. Diese These wird auch durch die Aussagen von Gebro gestützt, wonach in Österreich auch für den Zeitpunkt vor dem 1. September 2006 keine Vereinbarung über den selektiven Vertrieb existierte (vgl. act. 336 Rn. 161). Insofern geht das Vorbringen der Beschwerdeführerin ins Leere, wonach die Behauptung falsch sei, Gebro habe bestätigt, dass ein Selektivvertriebssystem nicht erforderlich sei. Auch ist in dem Vorgehen der Vorinstanz, trotz nationaler Marktabgrenzung den Vertrieb im Ausland zu berücksichtigen, kein Widerspruch zu erblicken. Die Beschwerdeführerin hat geltend gemacht, Elmex rot erfordere wegen seiner *Beschaffenheit* einen Selektivvertrieb. Da die Beschaffenheit in ganz Europa dieselbe ist, müsste – der Argumentation der Beschwerdeführerin folgend – die Beschaffenheit von Elmex rot überall ein Selektivvertriebssystem erfordern. Zur Untersuchung dieser Frage hat die Vorinstanz demnach zu Recht den Vertrieb im Ausland berücksichtigt. Selbst wenn davon auszugehen wäre, dass ein Selektivvertriebssystem für Elmex rot zulässigerweise bestand, muss die Selektion anhand objektiver qualitativer Kriterien erfolgt sein, welche einheitlich und diskriminierungsfrei angewendet wurden. Wie in Rn. 156 der angefochtenen Verfügung dargestellt, trifft dies nicht zu. Gegen das Vorliegen eines qualitativen Selektivvertriebssystems sprechen sodann die Beschwerdebeilagen 14 und 31. Wie die Vorinstanz zu Recht ausführt, zählt darin die Anzeigerin die Gründe auf, weshalb sie aus ihrer Sicht sowohl vor als auch nach 2008/2009 die von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Selektivvertriebskriterien erfüllt habe. Sie dienen nicht als Beweis für ein Selektivvertriebssystem, wie die Beschwerdeführerin behauptet. Dies gilt umso mehr, als fraglich erscheint, dass die Anzeigerin einerseits mit der Aufnahme mehrerer Artikel der Beschwerdeführerin ins Sortiment und andererseits mit der Einführung des Frischprodukte-Konzepts die Selektivvertriebskriterien für eine Zahnpasta erfüllte. Zur Rüge, die Vorinstanz habe in aktenwidriger Weise behauptet, der Umbau von Denner sei 2004 abgeschlossen gewesen, ist auf S. 7 von act. 370 zu verweisen. Dort führt der Zeuge der Anzeigerin aus, die Läden seien vor 2005 umgerüstet und umgestellt worden. Seither seien auch die Pick Pay Läden saniert. Auf Nachfrage erklärt der Zeuge, die Umstellung daure an. Es würden noch kleinere Umstellungen vorgenommen, wie z.B. das Platzieren

von Frischprodukten vorne und von Wein hinten. Demnach fanden zwar noch einige Umstellungen nach dem Umbau statt, der Umbau selbst war hingegen abgeschlossen. Dies ergibt sich auch aus der Medienmitteilung der Anzeigerin vom 3. März 2005 (abrufbar unter <http://www.denner.ch/de/ueber-uns/medien/archiv/03032005/>; zuletzt besucht am 19. Dezember 2013). Nach dem Gesagten gelangt das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss, dass die Vorinstanz zu Recht annahm, dass in casu kein Selektivvertriebssystem vorlag bzw. dass eine Lieferbehinderung von Schweizer Händlern über ausländische Vertriebspartner sich nicht mit einem Selektivvertriebssystem rechtfertigen lasse.

## **xvii.       REGULATORISCHE BESCHRÄNKUNGEN**

### **13.2**

**13.2.1** Die Beschwerdeführerin macht des Weiteren geltend, die Vorinstanz habe die regulatorischen Beschränkungen für den Import von Zahnpasta aus dem Ausland fehlerhaft berücksichtigt. So habe sie argumentiert, die gesetzlichen Importbeschränkungen seien nicht ursächlich für die fehlenden Parallelimporte, da man sich darüber habe hinwegsetzen können. Zudem werte die Vorinstanz Anzeigen der Beschwerdeführerin gegen widerrechtliches Verhalten als Verstoss gegen das Kartellgesetz, was überrasche. Da im Lebensmittelrecht das Prinzip der Selbstkontrolle gelte, fehle es an einer vorgängigen Bewilligung durch die Behörden. Es sei selbstverständlich, dass das Gesetz eingehalten werden müsse. Ein Gleichbehandlungsanspruch im Unrecht gebe es nicht. Die Vorinstanz habe es sodann versäumt, die im untersuchungsrelevanten Zeitraum geltenden regulatorischen Vorschriften abzuklären. Bis zum 1. April 2008 seien Hinweise auf andere nicht kariesverhütende zahnmedizinische Eigenschaften unzulässig gewesen. Auch die damalige Lehre sei davon ausgegangen, dass mit Ausnahme von Hinweisen auf kariesverhütende Eigenschaften für Zahn- und Mundpflegemittel krankheitsbezogene Heilanzeigen für Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände untersagt gewesen seien. Dies habe sich erst durch das Urteil des Bundesgerichts 2A.213/2006 "Colgate/Dentagard" vom 19. Oktober 2006 geändert. Zudem anerkenne auch die Vorinstanz, dass Elmex rot die Fluorverbindung Olafur enthalte und deshalb gemäss Verordnung des EDI über kosmetische Mittel vom 23. November 2005 (VKos, SR 817.023.31) auf der Verpackung ein sich deutlich vom Text unterscheidender Warnhinweis in drei Amtssprachen angebracht werden müsse. Ausserdem hätten gewisse Produkte im sachlich relevanten Markt auch wegen des in der Schweiz maximal zulässigen Fluoridanteils nicht importiert werden können. Dies treffe auf Zahnpasta für Kinder unter 6 Jahren zu. In ihrer Vernehmlassung anerkenne die

Vorinstanz nunmehr das Vorliegen regulatorischer Schranken. Die Vermutungsbasis sei demnach nicht erfüllt.

**13.2.2** Die Vorinstanz erwidert, es sei zutreffend, dass das sog. Dentagard-Urteil regulatorische Einschränkungen von Importen beseitigt habe. Dennoch hätten die Bestimmungen in der Lebensmittel- und Verbrauchsgegenständeverordnung vom 23. November 2005 de facto kein Importhindernis dargestellt, wie der Parallelimport durch Spar belege. Im Gegensatz zum Fall Colgate Dentagard habe die Muttergesellschaft Colgate-Palmolive im Fall Spar keine Anzeige eingereicht.

**13.2.3** Wie vom Bundesamt für Gesundheit in seiner Antwort vom 6. Juni 2008 auf ein Auskunftsbegehren der Vorinstanz hin dargelegt, bestanden im untersuchungsrelevanten Zeitraum regulatorische Einschränkungen (vgl. act. 222: siehe auch Rn. 115 ff. der angefochtenen Verfügung). Entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerin hat die Vorinstanz es nicht versäumt, die im untersuchungsrelevanten Zeitraum geltenden regulatorischen Vorschriften abzuklären. Darüber hinaus ist festzuhalten, dass die rechtliche Lage in der Schweiz nicht als Rechtfertigungsgrund für die Vereinbarung einer expliziten Gebietsschutzabrede dienen kann. Abreden lassen sich nur aus Gründen wirtschaftlicher Effizienz rechtfertigen. Insofern ist die Aufzählung der Rechtfertigungsgründe in Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG abschliessend (vgl. BGE 129 II 18 "Sammelrevers" E. 10.3). Die rechtliche Lage in der Schweiz stellt demnach keinen Rechtfertigungsgrund für eine Gebietsabrede wie in Ziff. 3.2 statuiert dar. Ferner stellt das Bundesverwaltungsgericht fest, dass die betreffenden Vorschriften nicht für sich alleine ursächlich waren um Parallelimporte einzuschränken. Dies belegt zum einen die Tatsache, dass im Lebensmittelrecht, wie die Beschwerdeführerin selbst ausführt, das Prinzip der Selbstkontrolle gilt, also ein Unternehmen das Risiko auf sich nehmen kann, aufgrund von Parallelimporten angezeigt zu werden. Zum anderen wird dies auch durch den von der Beschwerdeführerin genannten Bundesgerichtsentscheid in Sachen Colgate/Dentagard bekräftigt. In besagtem Fall gelangte Denner ans Bundesgericht, weil ihr der Verkauf der aus Deutschland importierten Zahnpasta Colgate Dentagard untersagt worden war. Auf den Zahnpastatuben fand sich unter anderem der Hinweis "zahnmedizinisch vorbeugend". Das Bundesgericht hielt fest, Zahnpasten dienten der medizinischen Vorsorge, weswegen auch Hinweise zulässig seien, welche sich nicht nur auf die Vorbeugung von Karies, sondern auch auf die Prophylaxe gegen Parodontitis und Gingivitis beziehen (Urteil des Bundesgerichts 2A.213/2006 "Colgate/Dentagard" vom 19. Oktober 2006 E. 4.8). Dieser Fall zeigt, dass auch andere

Zahnpastamarken mit Heilanzeigen parallel importiert wurden obwohl regulatorische Barrieren bestanden. Dies geschah zwar bis zum Colgate/Dentagard-Entscheid in widerrechtlicher Weise. Da aber wie gesagt das Prinzip der Selbstkontrolle galt bzw. gilt, ist die Einfuhr dieser Produkte nicht per se unterbunden. Der Import war im untersuchungsrelevanten Zeitraum grundsätzlich möglich. Wie der Bundesgerichtsentscheid im Colgate/Dentagard-Fall und auch der Import von Elmex rot durch Spar im untersuchungsrelevanten Zeitraum belegen, stellten regulatorische Importbeschränkungen jedenfalls kein derart grosses Hindernis dar, dass dadurch Parallelimporte völlig unterbunden waren. Davon geht offenbar auch die Beschwerdeführerin aus, wenn sie in Rn. 175 ihrer Beschwerde schreibt: "Alle Detailhändler haben die Möglichkeit, im Rahmen der regulatorischen Vorschriften parallel aus Österreich zu importieren [...]." Im Übrigen kann der Beschwerdeführerin nicht gefolgt werden, wenn sie vorträgt, die Vermutungsbasis der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs i.S.v. Art. 5 Abs. 4 KG sei nicht erfüllt. Die Vermutungsbasis ist erfüllt bei Vorliegen einer Abrede i.S.v. Art. 5 Abs. 4 KG. Erst in einem weiteren Schritt ist zu prüfen, ob die Vermutung umgestossen werden kann, und ob die Wettbewerbsabrede als erheblich einzustufen bzw. allenfalls zu rechtfertigen ist (s. E. 11). Ausserdem widerspricht sich die Beschwerdeführerin selbst, wenn sie einerseits für eine internationale Marktabgrenzung plädiert und gleichzeitig geltend macht, Importe seien aufgrund regulatorischer Bestimmungen beschränkt gewesen. Schliesslich kollidiert auch das Vorbringen der Beschwerdeführerin, bis zum 1. April 2008 seien Hinweise auf andere nicht kariesverhütende zahnmedizinische Eigenschaften unzulässig gewesen, mit ihrer Aussage, dass solche Hinweise ab dem Colgate/Dentagard-Entscheid, also ab dem 19. Oktober 2006, zulässig gewesen seien.

#### **xviii. VERLETZUNG UNTERSUCHUNGSGRUNDSATZ UND RECHTLICHES GEHÖR?**

##### **13.3**

**13.3.1** Die Beschwerdeführerin rügt im Zusammenhang mit der Rechtfertigung der Abrede aus Gründen wirtschaftlicher Effizienz, es liege eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes vor, weil sich die Vorinstanz im Rahmen der Prüfung der Rechtfertigungsgründe darauf beschränkt habe, den Vorbringen der Beschwerdeführerin zu widersprechen. Es fänden sich in der angefochtenen Verfügung keine Analysen zu Rechtfertigungsgründen. Auch habe die Vorinstanz aufgrund der bereits dargelegten Gehörverletzung die im Expertengutachten erhobenen Rechtfertigungsgründe fehlerhaft dargestellt. Sowohl das erwähnte Markenimage als auch die be-



hauptete fehlende wirtschaftstheoretische Fundierung erwähne das ökonomische Gutachten in ganz anderem Zusammenhang. Das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin könne nicht dadurch gewahrt werden, dass einzelne Passagen aus einem ökonomischen Gutachten aus dem Zusammenhang gerissen und in einem falschen Kontext und erst noch unvollständig wiedergegeben würden. Schliesslich sieht die Beschwerdeführerin Ziff. 3.2. des Lizenzvertrages als gerechtfertigt an, weil er eine Technologietransfervereinbarung darstelle.

**13.3.2** Die Vorinstanz hält dem entgegen, sie habe das Vorliegen allfälliger Rechtfertigungsgründe geprüft und verneint. Da keine weiteren Rechtfertigungsgründe ersichtlich gewesen seien, hätten sich zusätzliche Ausführungen erübrigt. Ferner habe die Vorinstanz das Parteigutachten nicht falsch zitiert. An besagter Stelle sei das Gutachten auf Effizienzgründe zu sprechen gekommen, auf welche die Vorinstanz zur Wahrung des rechtlichen Gehörs eingegangen sei. Aufgrund des Aufbaus des Gutachtens habe die Vorinstanz zahlreiche Textstellen aus dem Parteigutachten selbst den relevanten kartellrechtlichen Fragen zuordnen müssen, was sie in Rn. 320 der angefochtenen Verfügung getan habe.

**13.3.3** Die Beschwerdeführerin trägt im Rahmen dieser Rüge drei Punkte vor, namentlich eine Verletzung der Untersuchungsmaxime, eine Gehörsverletzung sowie die Zulässigkeit der Abrede als Technologietransfervereinbarung. Wie ausgeführt, lassen sich den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abreden nur aus den in Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG abschliessend aufgezählten Gründen rechtfertigen (vgl. BGE 129 II 18 "Sammelrevers" E. 10.3). Die genannten Punkte sind demnach nicht als Gründe der wirtschaftlichen Effizienz anzusehen, welche eine erhebliche Wettbewerbsabrede zu rechtfertigen vermögen. Überdies hat das Bundesverwaltungsgericht bereits festgestellt, dass die entsprechenden Vorbringen der Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang zurückzuweisen sind (vgl. E. 4.3.3.2, 4.3.3.4, 5.4.3, 8.5.6). Auch die Frage, ob die behauptete falsche Berücksichtigung des RBB Expertengutachtens als ein Grund anzusehen ist, der eine den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abrede rechtfertigen kann, ist angesichts des klaren Wortlautes von Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG zu verneinen. Selbst wenn dieses Vorbringen im Rahmen der Rechtfertigung zu prüfen wäre, wurde das RBB Expertengutachten von der Vorinstanz nicht falsch berücksichtigt. Ziff. 1.2, zweiter Punkt des Gutachtens besagt, dass der 3. Abschnitt die einzelnen Punkte aufzeige, bei deren Vorliegen eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung gegeben sei. Wie bereits ausgeführt (E. 11.1.4 ff.), liegt eine erhebliche Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 5

Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 KG vor, wenn diese sich nicht aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lässt. Wenn demnach das Gutachten in Abschnitt 3 diese Punkte aufzählt, ist es nicht falsch, dass die Vorinstanz im Kapitel "Rechtfertigungsgründe" sich mit den im Abschnitt 3, und insbesondere mit den unter Abschnitt. 3.4 unter dem Titel "Effizienzgründe" genannten Argumente auseinandersetzt. Die entsprechenden Vorbringen der Beschwerdeführerin sind demnach zurückzuweisen.

#### **xix. FEHLENDER KAUSALZUSAMMENHANG?**

##### **13.4**

**13.4.1** Die Beschwerdeführerin führt aus, Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages habe nie Importe von Elmex rot von Österreich in die Schweiz behindert. Der fehlende Kausalzusammenhang wäre von der Vorinstanz als Rechtfertigungsgrund zu berücksichtigen gewesen. Im Übrigen widerspreche sich die Vorinstanz, wenn sie sage, die Anzeigerin habe nachgewiesenermassen ein Interesse an Parallelimporten von Elmex rot gehabt, und andererseits zum Schluss komme, Importversuche hätten nicht nachgewiesen werden können. Die Vorinstanz verweist auf die angefochtene Verfügung.

**13.4.2** In Rn. 321 der angefochtenen Verfügung wird festgehalten, dass der fehlende Kausalzusammenhang keinen potenziellen Rechtfertigungsgrund nach Art. 5 Abs. 2 KG darstellt. Hinsichtlich des Vorbringens betreffend den Verzicht auf Parallelimporte durch die Schweizer Detailhändler wird darauf hingewiesen, dass die Anzeigerin nachgewiesenermassen ein Interesse an Parallelimporten von Elmex rot gehabt hätte. Darüber hinaus sei nicht auszuschliessen, dass die übrigen Schweizer Detailhändler deshalb keine Parallelimportversuche unternommen hätten, weil sie den damit verbundenen Aufwand in einem Marktumfeld mit mangelndem Intra-brand-Wettbewerb gescheut hätten. Hinsichtlich dem Vorbringen zu divergierenden Rechtsvorschriften in Österreich und der Schweiz wird auf die Ausführungen in Rn. 115 ff. der angefochtenen Verfügung verwiesen.

**13.4.3** Wie das Bundesverwaltungsgericht festgestellt hat, wurde der Kausalzusammenhang unter Wahrung des Untersuchungsgrundsatzes in formeller Hinsicht korrekt geprüft (E. 4.3.3.4 sowie 5.5.2). Sodann ist das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss gelangt, dass die Vorinstanz auch in materieller Hinsicht das Vorliegen eines Kausalzusammenhangs korrekt geprüft und richtigerweise bejaht hat (vgl. E. 12). Ausserdem ist auf Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG zu verweisen, der den fehlenden Kausalzusammenhang

nicht als Rechtfertigungsgrund für eine den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abrede nennt. Schliesslich ist festzuhalten, dass die angefochtene Verfügung entgegen den Vorbringen der Beschwerdeführerin keinen Widerspruch enthält. Aus der Tatsache, dass keine Importversuche der Anzeigerin nachgewiesen werden konnten, lässt sich nicht ableiten, dass die Anzeigerin kein Interesse an Parallelimporten gehabt hätte. Im Gegenteil hat die vorinstanzliche Untersuchung gezeigt, dass ein Interesse vorhanden war (vgl. Rn. 208 ff. der angefochtenen Verfügung). Diese Rügen der Beschwerdeführerin sind somit zurückzuweisen.

## **XX. RECHTFERTIGUNG DURCH VEREINFACHTEN MARKTZUGANG IN ÖSTERREICH?**

### **13.5**

**13.5.1** Die Beschwerdeführerin macht ausserdem geltend, der Lizenzvertrag erlaube einen effizienten und vereinfachten Zugang zum österreichischen Markt. Indem die Beschwerdeführerin vom Vertriebsnetz von Gebro habe profitieren können, hätten die Vertriebskosten für Elmex rot gesenkt, die Produktion effizient organisiert und technisches Know-how verbreitet werden können. Ohne einen minimalen Gebietsschutz hätten die Parteien den Lizenzvertrag im Jahre 1982 nicht abgeschlossen. Die Vorinstanz verweist hierzu auf die angefochtene Verfügung.

**13.5.2** In der angefochtenen Verfügung wird in Rn. 321 mit Verweis auf Ziff. 15 Abs. 4 Bst. a VertBek 07 ausgeführt, ein temporärer absoluter Gebietsschutz könne geeignet sein, um Investitionen für die Erschliessung neuer räumlicher Märkte oder neuer Produktmärkte zeitlich begrenzt zu schützen. Wolle ein Hersteller in einen neuen räumlichen Markt eintreten, müsse der Vertragspartner unter Umständen besondere Anlaufinvestitionen tätigen, um die betreffende Marke in dem Markt zu etablieren. Um den Vertragspartner (Gebro) vor Ort von diesen Investitionen zu überzeugen, müsse ihm der Hersteller (die Beschwerdeführerin) gegebenenfalls einen Gebietsschutz gewähren, damit die Investitionen durch vorübergehend höhere Preise wieder hereingeholt werden könnten. Im vorliegenden Fall sei es um die Erschliessung des österreichischen Marktes durch die Schweizer Beschwerdeführerin gegangen. Es sei nicht ersichtlich, weshalb die Beschwerdeführerin für das Gebiet Schweiz einen solchen Schutz benötigt hätte. Im Übrigen vermöge ein absoluter Gebietsschutz Investitionen für die Erschliessung neuer Märkte nur zeitlich begrenzt zu rechtfertigen. Bei einem absoluten Gebietsschutz, der während rund 25 Jahren in Kraft gewesen sei, könne überdies von Kurzfristigkeit keine Rede sein.

**13.5.3** Die in der angefochtenen Verfügung dargelegte Rechtslage entspricht derjenigen in der EU. Gemäss Rn. 61 der Leitlinien Vertikal-GVO 2010 schränken vertikale Beschränkungen im Zusammenhang mit der Erschliessung neuer Märkte den Wettbewerb grundsätzlich nicht ein, wenn sie für die Dauer von zwei Jahren im Anschluss an die Markteinführung gelten und ein Händler beträchtliche Mittel für die Erschliessung aufwenden muss (vgl. auch Rn. 119 Ziff. 10 der alten Leitlinien Vertikal-GVO 2000),

**13.5.4** Wie in VertBek 07 und VertBek 10 richtigerweise ausgeführt, kann ein zeitlich begrenzter Schutz für gewisse Märkte und Produkte notwendig sein, wobei nicht pauschal festgelegt werden kann, wie lange der Schutz für welche Märkte und Produkte dauern kann. Die Antwort auf diese Frage kann von verschiedenen Faktoren abhängen und ist anhand einer Einzelfallprüfung festzulegen. Es kann vorliegend offen bleiben, ob für ein Produkt wie Elmex rot ein zeitlich begrenzter Schutz für die Erschliessung des österreichischen Marktes notwendig war, da jedenfalls die vereinbarte Gebietsabrede vom 1. Februar 1982 bis zum 1. September 2006 bestand. Es ist nicht ersichtlich und wurde von der Beschwerdeführerin auch nicht dargelegt, warum sie für den Zugang zum österreichischen Markt einen beinahe 25 Jahre dauernden Gebietsschutz benötigte. Wie ausserdem die Vorinstanz zu Recht ausführt, ist das Argument der Beschwerdeführerin insofern irreführend, als sie geltend macht, die Erschliessung des *österreichischen* Marktes hätte einen absoluten Gebietsschutz in der *Schweiz* nötig gemacht. Die Beschwerdeführerin kann sich somit nicht auf diesen Rechtfertigungsgrund berufen. Das Bundesverwaltungsgericht gelangt demnach zum Schluss, dass die Vorinstanz zu Recht annahm, Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages lasse sich nicht mit Verweis auf den grundsätzlich zulässigen zeitlich begrenzten Schutz rechtfertigen.

## **xxi. RECHTFERTIGUNG DURCH KAPAZITÄTSENGPÄSSE VON GEBRO?**

### **13.6**

**13.6.1** Die Beschwerdeführerin bringt schliesslich vor, es sei nicht nachvollziehbar, weshalb die Produktionseinschränkungen von Gebro kein Rechtfertigungsgrund sein sollten. Eine Belieferung von ausländischen Unternehmen sei bis vor kurzem gar nicht möglich gewesen. Wie Gebro selbst ausgeführt habe, sei die Produktion maschinentechnisch und personell von ca. 2003 bis ca. Mitte 2008 an der Kapazitätsgrenze gelaufen. Die Vorinstanz verweist auf die angefochtene Verfügung.

**13.6.2** In Rn. 323 der angefochtenen Verfügung wird festgestellt, die von Gebro geltend gemachten Kapazitätsengpässe seien wenn überhaupt lediglich kurzfristiger Natur gewesen. So habe ein Vertreter von Gebro anlässlich der Anhörung vom 8. Juni 2009 vor der Vorinstanz zu Protokoll gegeben, dass Gebro einen Auftrag zur Lieferung von 20'000 Tuben Zahnpasta angenommen und infolge von Kapazitätsengpässen zwar nicht sofort, aber zu einem späteren Zeitpunkt erfüllt hätte. Somit sei eine Abweisung von Lieferantenanfragen in casu nicht mit kontinuierlichen Kapazitätsengpässen begründbar.

**13.6.3** Wie bereits erläutert, sind Abreden aus Gründen wirtschaftlicher Effizienz gerechtfertigt, wenn sie 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. Die von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Kapazitätsengpässe können somit nicht als Rechtfertigungsgrund für eine Gebietsabrede dienen. Darüber hinaus stellt das Bundesverwaltungsgericht fest, dass anlässlich der Anhörung vom 8. Juni 2009 sich ein Vertreter von Gebro wie folgt hat vernehmen lassen: "[...] erläutert, dass wenn damals Denner mit einer solchen Lieferanfrage an Gebro herantreten wäre, man mit Denner verhandelt und wahrscheinlich einen Zeitpunkt gefunden hätte, zu welchem keine Kapazitätsengpässe mehr bestanden hätten. Ab Frühsommer wäre eine Lieferung möglich gewesen. 20'000 Tuben würden einer Absatzsteigerung von [...] entsprechen; eine solche Möglichkeit hätte man sich sicher nicht entgehen lassen" (act. 366, S. 5). Demnach waren die geltend gemachten Kapazitätsengpässe, wie die Vorinstanz zu Recht festgestellt hat, lediglich kurzfristiger Natur. Die Ausführungen der Beschwerdeführerin vermögen daran nichts ändern, weswegen die diesbezüglichen Rügen der Beschwerdeführerin zurückzuweisen sind. Das Bundesverwaltungsgericht kommt demnach zum Schluss, dass die Vorinstanz richtigerweise die vorgerbachten Kapazitätsengpässe nicht als Rechtfertigungsgrund angesehen hat.

## **xxii. ZWISCHENFAZIT: UNZULÄSSIGE WETTBEWERBSABREDE**

**13.7** Das Bundesverwaltungsgericht gelangt zum Schluss, dass die Vorinstanz zu Recht angenommen hat, Ziff. 3.2. des Lizenzvertrages vom 1. Februar 1982 stelle eine unzulässige, den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abrede i.S.v. Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG dar, welche sich nicht aus Gründen wirtschaftlicher Effizienz rechtfertigen lasse. Die diesbezüglichen Rügen der Beschwerdeführerin sind somit zurückzuweisen.

## 14. SANKTIONIERUNG

14. Nach Art. 49a KG wird ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG beteiligt ist oder sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, mit einem Betrag von bis zu 10% des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen durch die Beteiligung an der Abrede erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen.

Einleitend stellt das Bundesverwaltungsgericht fest, dass die Beschwerdeführerin im Zusammenhang mit der Sanktionierung sich auf verschiedene strafrechtliche Garantien der EMRK und der BV beruft. Wie das Bundesverwaltungsgericht bereits unter E. 6.1.3 ausgeführt hat, handelt es sich beim Kartellrecht nicht um reines Strafrecht. Vielmehr ist das Kartellverfahren ein Administrativverfahren mit strafrechtsähnlichem Charakter (s. oben. E. 6.1.3). Zwar sind die Garantien der EMRK und BV im Kartellrecht grundsätzlich anwendbar. Über ihre Tragweite ist allerdings jeweils bei der Prüfung der einzelnen Garantien zu befinden.

### xxiii. RÜGE DER VERLETZUNG DES GRUNDSATZES NULLA POENA SINE LEGE

#### 14.1

14.1.1 Die Beschwerdeführerin führt aus, der Grundsatz nulla poena sine lege sei verletzt, wenn eine Handlung, die im Gesetz nicht als strafbar bezeichnet werde, strafrechtlich verfolgt werde oder wenn der Richter eine Handlung unter ein Strafgesetz subsumiere, die darunter nicht subsumiert werden könne. Das Gesetzmässigkeitsprinzip erfordere, dass eine gesetzliche Quelle als Voraussetzung der Strafnorm bestehe. Ausserdem leite sich daraus das Rückwirkungsverbot, das Bestimmtheitsgebot und das Analogieverbot ab. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung verbiete das Prinzip, über den dem Gesetz zukommenden Sinn hinauszugehen, also neue Straftatbestände zu schaffen oder bestehende derart zu erweitern, dass die Auslegung durch den Sinn des Gesetzes nicht mehr gedeckt sei. In casu sei das Gesetzmässigkeitsprinzip verletzt, weil (i) der vorliegende Sachverhalt mangels Vorliegen einer Gebietsabrede im Sinne einer wörtlichen Auslegung von Art. 5 Abs. 4 KG nicht von der Norm erfasst werde; (ii) kein Vertriebsvertrag i.S.d. Wortlautes von Art. 5 Abs. 4 KG vorliege, sondern ein Lizenzvertrag; (iii) auch nach Sinn und Zweck der Norm sowie dem europäischen Recht Ziff. 3.2. des Lizenzvertrages nicht unzulässig sei. Da der vorliegende Sachverhalt weder aufgrund einer wörtlichen

Auslegung noch gestützt auf Sinn und Zweck von Art. 5 Abs. 4 KG erfasst werde, habe die Vorinstanz durch Verfügung einer Sanktion das Gesetzmässigkeitsprinzip verletzt.

**14.1.2** Die Vorinstanz trägt vor, getreu dem obligationenrechtlichen Grundsatz *falsa demonstratio non nocet* vermöge allein die Bezeichnung als Lizenzvertrag nichts daran ändern, dass zu einem nicht unbedeutenden Teil der Vertrag Elemente des Produktevertriebs regle und daher von Art. 5 Abs. 4 KG grundsätzlich erfasst sein könne. Da der Lizenzvertrag aus dem Jahre 1982 stamme, sei davon auszugehen, dass infolge der langjährigen Zusammenarbeit die lizenzvertraglichen Aspekte wohl noch geregelt worden seien, aber nicht mehr im Vordergrund der Partnerschaft gestanden hätten.

**14.1.3** Art. 7 EMRK statuiert den Grundsatz, wonach Straftaten und Strafsanktionen durch Gesetz umschrieben werden müssen. Dies gilt auch hinsichtlich direkter Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG, denen ein strafrechtsähnlicher Charakter zukommt. Diese wesentliche Rechtsstaatsgarantie, wonach jede Strafe auf Gesetz beruhen muss, soll den Einzelnen die Grenzen seiner Freiheit erkennen und ausüben lassen. Insofern soll vermieden werden, dass eine Strafverurteilung im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK auf eine Gesetzesnorm gestützt wird, die eine Person nicht zumindest hätte kennen können. Dabei variieren die Anforderungen an ein Gesetz nach verschiedenen Kriterien: Ob es hinreichend bestimmt und klar ist, hängt nach der Konventionsrechtsprechung vom Rechtsgebiet, von der Zahl und vom Status der Adressaten ab. Insofern können technische oder relativ unbestimmte Begriffe insbesondere im Wirtschaftsrecht noch die Bestimmtheitserfordernisse erfüllen, während beispielsweise bei risikobehafteten Tätigkeiten von den Betroffenen erwartet werden kann, dass sie besondere Sorgfalt aufbringen, um die Folgen ihres Verhaltens abschätzen zu können. In diesem Zusammenhang lässt der EGMR richterliche Rechtsfortbildung nur in den Grenzen der Vorhersehbarkeit zu. Indes lässt sich aus Art. 7 EMRK kein Verbot einer schrittweise erfolgenden Klärung der Vorschriften über die strafrechtliche Verantwortlichkeit durch richterliche Auslegung ableiten. Die Rechtsprechung muss aber in sich widerspruchsfrei und ihre Entwicklung mit dem Wesen des Straftatbestands vereinbar und ausreichend voraussehbar sein. Im Einzelfall lässt sich eine unzulässige Rechtsfortbildung nur schwer von einer zulässigen Änderung der Rechtsprechung abgrenzen, welche auf entsprechender gesetzlicher Auslegung beruht. Daher wird in der Praxis dem in Art. 7 EMRK (neben dem Gesetzmässigkeitsprinzip) ebenfalls vorausgesetzten Bestimmtheits- und

Klarheitsgebot Genüge getan, wenn dem Wortlaut der jeweiligen Vorschrift, soweit erforderlich mit Hilfe der Auslegung durch die Gerichte, zu entnehmen ist, für welche Handlungen und Unterlassungen der Einzelne strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden kann. Im Lichte der soeben dargelegten Grundsätze muss ein Gesetz so präzise formuliert sein, dass der Gesetzesadressat sein Verhalten danach richten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem nach den Umständen unterschiedlichen Grad an Gewissheit vorhersehen kann (vgl. hierzu Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2977/2010 vom 27. April 2010 "Publigruppe" E. 8.1.2 ff. und insbesondere E. 8.1.4 m.w.H.; s. auch BGE 139 I 72 "Publigruppe" E. 8.2.1 m.w.H. sowie BVGE 2011/32 "Swisscom" E. 4.3).

**14.1.4** Die bisherige Prüfung hat ergeben, dass zwischen der Beschwerdeführerin und Gebro bis zum 1. September 2006 eine unzulässige Gebietsabrede nach Massgabe von Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 KG vorlag. Die Beschwerdeführerin trägt vor, eine Sanktionierung verletze das Gesetzmässigkeitsprinzip, da der vorliegende Sachverhalt weder aufgrund einer wörtlichen Auslegung noch gestützt auf Sinn und Zweck von Art. 5 Abs. 4 KG erfasst werde. Dies wäre nach dem unter der vorangehenden Erwägung Gesagten der Fall, wenn (i) das der Beschwerdeführerin vorgeworfene Verhalten im Gesetz überhaupt nicht als sanktionierbar bezeichnet wird, oder (ii) wenn ein Verhalten unter eine Norm subsumiert wird, unter welche es auch bei weitestgehender Auslegung der Bestimmung nach den massgebenden Grundsätzen nicht subsumiert werden kann. Wie bereits oben ausgeführt (vgl. E. 3.3.12, 11.1.8, 8.4), ergibt sich aus dem Wortlaut von Art. 5 Abs. 4 KG, den Vertikalbekanntmachungen der Vorinstanz, der Lehre und der europäischen Rechtslage, dass Passivverkaufsverbote als Kernbeschränkungen gelten. In der Schweiz greift in einem solchen Fall die Vermutung, dass sie den Wettbewerb beseitigen. Dass durch die Bezeichnung als Lizenzvertrag die Klausel 3.2 von Art. 5 Abs. 4 KG weiterhin erfasst wird, ergibt sich sodann gestützt auf eine Auslegung nach den massgebenden Grundsätzen (vgl. E. 8.3.3 f.). Die von der Vorinstanz vorgenommene Auslegung ist nicht zu beanstanden. Das Bundesverwaltungsgericht gelangt demnach zum Schluss, dass die Vorinstanz den Grundsatz *nulla poena sine lege* bei der Anwendung von Art. 5 Abs. 4 KG nicht verletzt hat.

#### **xxiv. ZUR FRAGE DER SANKTIONIERBARKEIT ERHEBLICHER WETTBEWERBSBEEINTRÄCHTIGUNGEN**

### **14.2**



**14.2.1** Die Beschwerdeführerin macht des Weiteren geltend, eine Sanktionierung sei bei Widerlegung der Vermutung von Art. 5 Abs. 4 KG und demnach in casu nicht möglich. Andernfalls würden gleichermassen schädliche Abreden, die den Wettbewerb nur erheblich beeinträchtigten, ungleich behandelt. Diese Auslegung ergebe sich auch aus den Materialien zum revidierten Kartellgesetz. Während im erläuternden Bericht zur Vernehmlassung die Sanktionierung noch explizit bei der Widerlegung der Vermutung vorgesehen worden sei, habe eine solche Präzisierung in der Botschaft gefehlt und sei auch nicht in der parlamentarischen Beratung vorgenommen worden. Da die Sanktionen nach Art. 49a KG strafrechtlicher Natur i.S.v. Art. 6 EMRK seien, würde eine Ausdehnung der Sanktionen auf den Tatbestand von Art. 5 Abs. 1 KG aufgrund des Legalitätsprinzips eine Präzisierung des Gesetzeswortlauts erfordern. Auch aus dem Analogieverbot und dem Bestimmtheitsgebot ergebe sich, dass eine Sanktionierung nur bei Abreden i.S.v. Art. 5 Abs. 4 KG möglich sei.

**14.2.2** Die Vorinstanz verweist auf ihre Ausführungen in der angefochtenen Verfügung. Ergänzend führt sie aus, dem Wortlaut von Art. 49a Abs. 1 KG zufolge sei für die direkte Sanktionierbarkeit eines Unternehmens die "Beteiligung an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG" erforderlich. Auch das Bundesgericht habe jüngst in BGE 135 II 60 "Maestro Interchange Fee" festgestellt, dass mit dem Erlass von Art. 49a KG die Möglichkeit direkter Sanktionen für die schädlichsten Abreden geschaffen worden sei. Somit sei klar, dass Abreden nach Art. 5 Abs. 4 KG auch bei Widerlegung der gesetzlichen Vermutung sanktioniert werden könnten. Zu der daraus angeblich entstehenden Ungleichbehandlung führt die Vorinstanz aus, die Unzulässigkeit ergebe sich auch bei einer Abrede nach Art. 5 Abs. 4 KG nur in Verbindung mit Art. 5 Abs. 1 KG. Es komme demnach auf den Gegenstand einer Abrede an, was auch Art. 49a Abs. 1 KG zu entnehmen sei. Tatbestandsvoraussetzung sei die Beteiligung an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 4 KG. Vom Gegenstand her sei es nicht ersichtlich warum diejenigen Abreden, bei denen die gesetzliche Vermutung nicht widerlegt werden könne und solche, bei denen sie widerlegt werden aber nicht aus Gründen wirtschaftlicher Effizienz gerechtfertigt werden könne, unterschiedlich behandelt werden sollten. Wäre dem so, wäre der Gesetzgeber in der Verordnung über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen vom 12. März 2004 (KG-Sanktionsverordnung, SVKG; SR 251.5) von wettbewerbsbeseitigenden Abreden ausgegangen. Schliesslich könne es nicht dem Sinn der Revision des Kartellgesetzes 2003 entsprechen, mit dem eine Verschärfung des Sanktionssys-

tems beabsichtigt gewesen sei, nur die Sanktionierbarkeit von den Wettbewerb beseitigenden Abreden einzuführen. Dies würde dazu führen, dass kaum direkte Sanktionen ausgesprochen werden könnten.

**14.2.3** Bezüglich der Sanktionierbarkeit von Wettbewerbsabreden nach Art. 5 Abs. 3 KG und Art. 5 Abs. 4 KG im Falle des Umstossens der gesetzlichen Vermutung wird in Rn. 329 ff. der angefochtenen Verfügung ausgeführt, in Übereinstimmung mit der aktuellen Praxis der Vorinstanz müssten zwei Voraussetzungen erfüllt sein: (i) Es müsse sich um eine in Art. 5 Abs. 3 KG oder Art. 5 Abs. 4 KG beschriebene Wettbewerbsabrede handeln und (ii) eine solche Abrede müsse unzulässig sein. Da Art. 49a Abs. 1 KG keine Präzisierung enthalte, dass sich die Unzulässigkeit aus dem Grad der Beeinträchtigung ergebe, sei die Sanktionierbarkeit einer Wettbewerbsabrede unabhängig davon gegeben, ob der Wettbewerb beseitigt oder "nur" erheblich beeinträchtigt werde. Zudem ergebe sich aus dem Gesetzeswortlaut und der Entstehungsgeschichte, dass das Umstossen der Gesetzesvermutung gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG nicht für die Sanktionsbefreiung genüge. Dafür müsse eine Wettbewerbsabrede überdies kartellrechtlich zulässig sein, also entweder keine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung herbeiführen oder sich durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen. Da vorliegend zwar die Gesetzesvermutung umgestossen werden könne, die in Frage stehende Gebietsschutzabrede sich indes nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lasse, sei diese als unzulässig zu qualifizieren.

#### **14.2.4**

**14.2.4.1** Wie oben erwähnt, folgt das Bundesverwaltungsgericht bei der Auslegung des Rechts einem pragmatischen Methodenpluralismus, wobei es den Wortlaut, den Sinn und Zweck und die dem Gesetz zugrunde liegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode heranzieht. Die Gesetzesmaterialien können beigezogen werden, wenn sie auf die streitige Frage eine klare Antwort geben (vgl. ausführlich dazu E. 3.3.5). Nach dem Wortlaut von Art. 49a Abs. 1 KG werden Unternehmen für eine Beteiligung an einer "unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG" gebüsst. Der Wortlaut der Norm nennt demnach nur die Vermutungstatbestände, was gegen eine Sanktionierung sprechen würde. Allerdings verlangt Art. 49a KG keine den Wettbewerb *beseitigende* Abrede, sondern spricht von einer *unzulässigen* Abrede nach Art. 5 Abs. 4 KG. Auch der Titel des 1. Abschnittes, unter dem Art. 5 KG geregelt wird, lautet "Unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen". Sodann ist Art. 5 KG selbst mit "Unzulässige Wettbewerbsabreden" übertitelt. Art. 49a KG geht zwar vom Wortlaut

her von der Sanktionierbarkeit unzulässiger Abreden nach Art. 5 Abs. 4 KG aus. Das kann nach dem Ausgeführten allerdings auch so verstanden werden, dass Abreden erfasst werden, bei denen die Vermutung widerlegt werden kann, sofern es sich um Gebietsabreden im Sinne des Gesetzes handelt.

**14.2.4.2** Die Literatur ist sich uneinig in der Frage, ob eine Abrede nach Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 KG sanktionierbar ist. Der Teil der Lehre, der sich gegen die Sanktionierbarkeit ausspricht, argumentiert primär mit dem aus ihrer Sicht klaren Wortlaut von Art. 49a KG, der Botschaft KG 03, dem Legalitätsprinzip, dem Analogieverbot und dem Bestimmtheitsgebot (vgl. BORER, a.a.O., Art. 49a Rn. 8; LUCAS DAVID/RETO JACOBS, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 5. Aufl., Bern 2012, Rn. 766; NIGGLI/RIEDO, in: BSK-KG, vor Art. 49a-53 Rn. 101 ff.; alle m.w.H.). Auch wird auf die parlamentarischen Debatten verwiesen, aus denen sich weder ein Wille für die Sanktionierbarkeit erheblicher Wettbewerbsabreden noch eine angestrebte Gleichsetzung des Schweizer Rechts mit dem EU-Recht erkennen liessen (siehe ZURKINDEN/TRÜEB, a.a.O., Art. 5 Rn. 11 m.w.H.). Der Teil der Lehre, der die Sanktionierbarkeit von den Wettbewerb erheblich beeinträchtigenden Abreden bejaht, argumentiert mit der Wirksamkeit des Gesetzes und dem Willen des Gesetzgebers unter dem Gesichtspunkt der "police économique" (ROBERT ROTH/CHRISTIAN BOVET, in: Commentaire Romand, Art. 49 Rn. 10; siehe auch REINERT, in: Baker-Kommentar KG, Art.49a Rn. 8; beide m.w.H.). Da es beinahe unmöglich sei, eine Beseitigung sämtlichen Wettbewerbs nachzuweisen, könne die Vermutung praktisch immer umgestossen. Damit könnte kaum eine Abrede sanktioniert werden. Dies habe nicht dem Sinn der KG-Revision 2003 entsprochen (vgl. TAGMANN/ZIRLICK, in: BSK-KG, Art. 49 Rn. 6 ff. m.w.H.). Auch wird argumentiert, wenn bei der Frage der Sanktionierbarkeit auf den Gegenstand der Abrede abgestellt werde, statt auf ihre Wirkung auf den Wettbewerb, so werde die Rechtssicherheit erhöht (vgl. ZÄCH, a.a.O., S. 535 f.).

**14.2.4.3** Weil der Bundesrat mit der Revision das direkte Sanktionssystem nicht auf Vertikalabreden ausdehnen wollte, ist das Heranziehen der Botschaft KG 03 zu dieser Frage nicht zielführend. Erst im Parlament wurden die entsprechenden Bestimmungen ins Gesetz aufgenommen. Daher ist unter Rückgriff auf die Debatten in den Räten zu ermitteln, ob der Gesetzgeber auch für den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abreden ein direktes Sanktionssystem einführen wollte. Wie aus den Voten hervorgeht, sprach sich die Mehrheit der Parlamentarier für die Einführung direkter Sanktionen auch bei Vertikalabreden aus. Der Gedanke dahinter war, dass

die Marktabstottung der Schweiz mittels Vertikalabreden verhindert werden sollte (siehe beispielsweise Voten von R. Genner, NR 2002 S. 1294; G. Bühler, NR 2002 S. 1293; R. Büttiker, SR 2003 S. 330). Die Minderheit wollte eine Formulierung für Art. 5 Abs. 4 KG finden, welche nicht zur Sanktionierbarkeit von sich positiv auf den Wettbewerb auswirkenden Vertikalabreden wie Service-, Ersatzteil- oder Garantieverträgen führen würde. Auch sollte verhindert werden, dass Selektivvertriebsverträge erfasst würden (vgl. Antrag Minderheit Spuhler und Antrag Triponez zu Art. 5 Abs. 4 KG, NR 2002 S. 1434). Aus diesem Grund wurde der Vermutungstatbestand in Art. 5 Abs. 4 KG auf Preis- und Gebietsabreden beschränkt (H. Raggenbass, NR 2002 S. 1436; siehe auch H. Fässler, welche die Einführung von Art. 5 Abs. 4 KG wie folgt erklärte: "Die Weko hat in ihrer Bekanntmachung vom 19. Februar 2002 zwar aufgeführt, was sie in diesem Bereich als erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen erachtet. Wenn nun die Vertikalabsprachen nicht ins Kartellgesetz aufgenommen würden, dann könnten auch keine direkten Sanktionen dagegen ergriffen werden. Deshalb hat die Mehrheit der Kommission diesem Zusatz [Art. 5 Abs. 4 KG] zugestimmt."). Mit der Revision sollte ein Kartellgesetz geschaffen werden, welches der Vorinstanz die Möglichkeit geben würde, den Wettbewerb schädigende Gebiets- und Preisabreden direkt zu sanktionieren. Dass damit auch Abreden betroffen sind, bei denen die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung umgestossen werden kann, die den Wettbewerb aber erheblich beeinträchtigen, zeigt sich auch aus der Anwendung von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG. Da diese Bestimmungen selbst keine Rechtsfolge vorsehen, ergibt sich die Unzulässigkeit von Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG nur im Zusammenhang mit Art. 5 Abs. 1 KG. Auch ist der Lehrmeinung zuzustimmen, wonach durch das Abstellen auf die Wirkung einer Abrede bei der Frage der Sanktionierbarkeit Rechtsunsicherheit entstehen würde (siehe ZÄCH, a.a.O., S. 535 f.). Diesfalls müssten nämlich Unternehmen ihre Abreden auf allfällige von ihnen ausgehende Wirkungen überprüfen, während beim Abstellen auf den Gegenstand der Abrede jedem Unternehmen bei ihrem Abschluss klar ist, mit welchen Rechtsfolgen es zu rechnen hat. All das spricht für eine Sanktionierbarkeit von den Wettbewerb erheblich beeinträchtigenden Abreden.

**14.2.4.4** Indirekt wird diese Auslegung auch durch BGE 135 II 60 "Maestro Interchange Fee" gestützt, wo sich die Frage stellte, ob ein Unternehmen ein Interesse am Erlass einer Feststellungsverfügung i.S.v. Art. 49 Abs. 3 Bst. a KG hat. Die Vorinstanz war im Rahmen einer Vorabklärung zum Schluss gekommen, die gemeldete Abrede stelle eine erhebliche Wettbewerbsabrede nach Massgabe von Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG dar. In E.

3 wird festgestellt, der angefochtene Entscheid verletze kein Bundesrecht, aber "die Ausführungen der Beschwerdeführerinnen [seien] wegen der drohenden massiven Sanktionen von Art. 49a Abs. 1 KG verständlich". Sodann gelangt das Bundesgericht zum Schluss: "Eine Verhaltensweise ist deshalb kartellrechtlich nur unzulässig und allenfalls direkt sanktionierbar, wenn sich tatsächlich erweist, dass eine den Wettbewerb beseitigende Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 oder Abs. 4 KG vorliegt, die den Wettbewerb zumindest erheblich beeinträchtigt, ohne dass wirtschaftliche Effizienzgründe sie zu rechtfertigen vermöchten" (BGE 135 II 60 "Maestro Interchange Fee" E. 3.1.1 in fine). Das deutet darauf hin, dass auch das Bundesgericht von der Sanktionierbarkeit von Abreden ausgeht, welche den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen i.S.v. Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 KG.

**14.2.5** Aus den obigen Ausführungen erhellt, dass Abreden, welche den Wettbewerb nicht beseitigen und sich nicht aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sanktionierbar sind nach Massgabe von Art. 49a Abs. 1 KG. Das Bundesverwaltungsgericht gelangt nach dem Gesagten zum Schluss, dass die Vorinstanz das Legalitätsprinzip nicht verletzte, als sie die Sanktionierbarkeit von den Wettbewerb erheblich beeinträchtigenden Abreden i.S.v. Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 KG annahm.

## **xxv.       VERSCHULDEN**

### **14.3**

**14.3.1** Die Beschwerdeführerin führt zudem aus, es sei ihr entgegen der Praxis der vormaligen Rekurskommission kein Verschulden nachgewiesen worden. Noch im Verfügungsentwurf sei von einer wissentlichen und wilentlichen, zumindest aber eventualvorsätzlichen Umsetzung der Abrede ausgegangen worden. Die angefochtene Verfügung komme plötzlich zum Schluss, dies sei bewusst geschehen. Das sei aus den folgenden Gründen nicht nachvollziehbar: (i) Ziff. 3.2 sei weder vom Wortlaut noch vom Sinn und Zweck des Art. 5 Abs. 4 KG erfasst, weswegen die Beschwerdeführerin von dessen Zulässigkeit habe ausgehen dürfen; (ii) der Vertrag sei auch nach Europäischem Recht zulässig, weswegen die Beschwerdeführerin habe annehmen dürfen, dass dies auch in der Schweiz gelten würde; (iii) spätestens seit 2003 sei Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages nicht mehr durchgesetzt worden, und die Parteien hätten keine Kenntnis von Anfragen für Parallelimporte aus Österreich in die Schweiz; (iv) die Beschwerdeführerin verfüge über ein Compliance Programm, was auch die Vorinstanz anerkenne. Insbesondere seit der Übernahme durch Colgate im Jahre 2004 sei

dieses verstärkt worden. Es gehe nicht an, das Programm nicht zu berücksichtigen mit der Begründung, von einem gut organisierten und tadellos funktionierenden Compliance Programm hätte erwartet werden dürfen, dass dadurch eine Gebietsschutzabrede aufgedeckt und behoben werde. Folge man dieser Argumentation, könnte ein Compliance Programm das Verschulden gar nie beeinflussen, da eine Sanktion immer eine Verletzung und damit ein Versagen des Compliance Programms voraussetze. Die Vorinstanz verletzte die Unschuldsvermutung wenn sie behauptete, ein Verschulden läge bereits vor wenn ein Unternehmen ein Passivverkaufsverbot eingehe, ohne es umzusetzen, da sie damit ein per se Verbot statuiere. Schliesslich hätten die Parteien, entgegen dem Vorbringen der Vorinstanz, bereits im September 2005 mit den Verhandlungen zu den neuen Verträgen begonnen, d.h. vor Eröffnung der Vorabklärung.

**14.3.2** Die Vorinstanz führt hierzu aus, eine Gebietsabrede liege bei einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise kartellrechtlicher Sachverhalte und im Lichte des Auswirkungsprinzips insbesondere vor, wenn dadurch Parallelimporte ver- bzw. behindert würden. Den Vorwurf, sie statuiere ein per se Verbot, weist die Vorinstanz zurück. Sie habe lediglich festgestellt, dass das Eingehen eines Passivverkaufsverbotes zumindest kritisch hätte hinterfragt werden müssen. Es sei fragwürdig, dass die Beschwerdeführerin erst rund zwei Jahre nach der Übernahme durch Colgate und erst nach der Einleitung einer Vorabklärung durch die Vorinstanz den alten Lizenzvertrag ersetzt habe. Das sei wohl damit zu erklären, dass die Beschwerdeführerin das Passivverkaufsverbot bewusst in Kauf genommen habe. Selbst wenn die Parteien vor Eröffnung der Vorabklärung mit den Verhandlungen begonnen hätten, hätte der absolute Gebietsschutz trotz Inkrafttretens des revidierten Kartellgesetzes mindestens ein Jahr existiert. Das sei mindestens auf Organisationsverschulden zurückzuführen, zumal auch die Beschwerdeführerin dokumentiert habe, dass seit der Übernahme durch Colgate das Compliance-Programm implementiert worden sei. Aufgrund der Grösse von Colgate sei zudem stark zu bezweifeln, dass anlässlich des Due-Diligence-Verfahrens Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages nicht aufgedeckt worden sei. Ausserdem habe das Compliance-Programm das Verschulden der Beschwerdeführerin vorliegend in casu nicht zu beeinflussen vermocht und könne demnach nicht schuldumildernd berücksichtigt werden. Schliesslich sei die Schlussfolgerung, die Parteien hätten den absoluten Gebietsschutz bewusst umgesetzt, auf eine unterschiedliche rechtliche Würdigung des Sachverhaltes zurückzuführen. Zur Durchsetzung des Lizenzvertrages sowie allfälliger Kenntnisse von Importanfragen verweist die Vorinstanz auf

die angefochtene Verfügung und ergänzt, Kenntnisse von Anfragen könnten lediglich ein Indiz für die Behinderung von Parallelimporten sein. Der klare Wortlaut von Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages sowie das Fehlen relevanter Parallelimporte in untersuchungsrelevanten Zeitraum seien für die Vorinstanz die entscheidenden Punkte gewesen.

**14.3.3** In Rn. 333 ff. der angefochtenen Verfügung wird einleitend ausgeführt, Kartellbussen könnten als Verwaltungssanktionen ohne Nachweis eines strafrechtlich vorsätzlichen Handelns der verantwortlichen natürlichen Personen verhängt werden. Die Botschaft KG 03 setze explizit kein Verschulden voraus. Die Vorinstanz nehme in ihrer aktuellen Praxis Bezug auf die Rechtsprechung der ehemaligen Rekurskommission für Wettbewerbsfragen, wonach eine Sanktion nicht allein aus objektiven Gründen auferlegt werden dürfe, sondern auch subjektive Elemente mitberücksichtigt werden müssten (Entscheid der REKO/WEF FB/2001-2 vom 7. März 2002 "Rhône-Poulenc" E. 3.3.1, veröffentlicht in: RPW 2002/2, S. 386 ff.). Vorwerfbarkeit liege dann vor, wenn eine Person wissentlich handle oder Handlungen unterlasse, welche man von einer vernünftigen, mit den notwendigen Fachkenntnissen ausgestatteten Person in einer entsprechenden Situation hätte erwarten können. In der Lehre werde betont, ein Unternehmen sei bereits sanktionierbar, wenn im Unternehmen Organisationsmängel festgestellt werden, auch ohne dass die Handlung einer bestimmten Person zugeordnet werden könne. In casu liege eine Abrede vor, welche Exporte in die Schweiz untersage. Die Gesetzesvermutung könne zwar umgestossen werden, die Abrede führe allerdings zu einer erheblichen und somit unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung. Für die Einführung und Aufrechterhaltung des absoluten Gebietsschutzes sei die Beteiligung beider Parteien notwendig gewesen, und sie hätten die Abrede aus den folgenden Gründen bewusst umgesetzt: (i) Der Wortlaut der Gebietsschutzklausel sei klar und unzweideutig. Die Parteien seien sich über die Bedeutung und die Tragweite der Gebietsschutzabrede im Klaren gewesen; (ii) Die Parteien seien in ganz Europa tätig, weswegen ihnen die wettbewerbsrechtlichen Probleme bei der Behinderung von Parallelimporten bekannt gewesen seien, zumal eine Behinderung von Parallelimporten auch nach der EU-Gesetzgebung unzulässig sei; (iii) Die Unternehmensgrösse der Parteien lasse darauf schliessen, dass beide über Organisationen verfügten, von welchen erwartet werden dürfe, sich über die Tragweite ihres Handelns zu informieren. Von dem von der Beschwerdeführerin beschriebenen Compliance-Programm hätte die Aufdeckung und Aufhebung von Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages erwartet werden dürfen. Es sei schwer nachvollziehbar, dass die Beschwerdeführerin vom Datum der Einführung des Programms

am 1. April 2004 bis zum 1. September 2006 zugewartet habe, um den Vertrag anzupassen, also bis zu einem Zeitpunkt, wo die Abrede den Wettbewerbsbehörden bereits bekannt gewesen sei. Zwar sei anzuerkennen, dass die Beschwerdeführerin seit der Übernahme durch Colgate ein Compliance-Programm habe. Dieses sei aber für den Zeitraum bis zum 1. September 2006 nicht in der Lage gewesen, die unzulässige, vertraglich vereinbarte Gebietsschutzabrede aufzudecken und zu beheben. Eine sanktionslose Aufhebung der unzulässigen Abrede wäre gestützt auf die Schlussbestimmung zur Änderung vom 20. Juni 2003 während eines Jahres nach Einführung der direkten Sanktionen im Kartellgesetz per 1. April 2004 möglich gewesen (Schlussbestimmung zur Änderung vom 20. Juni 2003, AS 2004 1385).

**14.3.4** Weder der Wortlaut von Art. 49a Abs. 1 KG noch derjenige der KG-Sanktionsverordnung nennen das "Verschulden" als Merkmal. Die Botschaft KG 03 hält dazu fest: "Mit Artikel 49a wird das KG durch eine Verwaltungssanktion ergänzt. [...] Die Verwaltungssanktion setzt im Gegensatz zu einer Strafsanktion kein Verschulden voraus, d.h. sie kann ohne den Nachweis eines strafrechtlich vorwerfbaren Verhaltens einer natürlichen Person verhängt werden. Nur unter dieser Voraussetzung ist es möglich, die Unternehmen als Normadressaten zu belangen. [...] Subjektive Aspekte, die im Zusammenhang mit dem strafrechtlichen Verschuldensbegriff (insbesondere Vorwerfbarkeit, besondere Skrupellosigkeit usw.) von Bedeutung sind und die in erster Linie mit der Persönlichkeit des Täters zusammenhängen, können demnach nicht berücksichtigt werden" (BBI 2002 2034). Auch aus der Botschaft zur Änderung des Kartellgesetzes und zum Bundesgesetz über die Organisation der Wettbewerbsbehörde vom 22. Februar 2012 (Botschaft KG 12) geht klar hervor, dass der Gesetzgeber kein Verschulden für die Sanktionierbarkeit voraussetzt. Unter dem Titel, der sich mit der Motion befasst, wonach Compliance-Programme sanktionsmindernd zu berücksichtigen seien, wird ausdrücklich festgestellt, dass diese Neuerung nichts am Sanktionskonzept der KG-Revision 2003 ändere. "Der Nachweis eines Organisationsverschuldens ist weiterhin keine Voraussetzung dafür, dass ein Unternehmen nach Artikel 49a KG für einen KG-Verstoß sanktioniert werden kann. Der Umstand, dass ein Unternehmen ein hohes Anforderungsniveau genügendes Compliance-Programm betrieben hat, hat in Umsetzung der überwiesenen Motion jedoch in die Sanktionsbemessung einzufließen" (BBI 2012 3931). Der Gesetzgeber hat demnach sowohl in der Botschaft KG 03 als auch in der Botschaft KG 12 ausdrücklich festgehalten, ein Verschulden werde für die Sanktionierbarkeit nicht vorausgesetzt.



**14.3.5** Die Literatur ist sich in dieser Frage uneinig (für eine Übersicht siehe TAGMANN/ZIRLICK, in: BSK-KG, Art. 49a Rn. 10). Derjenige Teil, der das Verschulden als Tatbestandsmerkmal sieht, stützt sich insbesondere auf die besagte Entscheidung der ehemaligen REKO/WEF zu aArt. 50 ff, wo ein Verschulden vorausgesetzt wurde. In seinem neusten Entscheid hat auch das Bundesgericht angenommen, Verschulden im Sinne von Vorwerfbarkeit stelle das subjektive Tatbestandsmerkmal von Art. 49a Abs. 1 KG dar. Massgebend sei ein objektiver Sorgfaltsmangel i.S. eines Organisationsverschuldens. Allerdings hat es an dessen Vorliegen keine allzu hohen Anforderungen gestellt (vgl. BGE 139 I 72 "Publigroupe" E. 12.2.2). Das Bundesverwaltungsgericht folgt dieser Rechtsauffassung.

**14.3.6** Vorliegend ist erstellt, dass Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages vom Wortlaut sowie von Sinn und Zweck des Art. 5 Abs. 4 KG erfasst wird. Auch dessen Unvereinbarkeit mit dem Europäischen Recht wurde ausführlich dargelegt (vgl. oben E. 8.1 ff.). Insbesondere da die Beschwerdeführerin sowohl im vorinstanzlichen als auch im vorliegenden Verfahren regelmässig die europakompatible Auslegung des Schweizer Kartellgesetzes gefordert hat, muss es auch ihr klar gewesen sei, dass eine Klausel wie Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages, die ein absolutes Passivverkaufsverbot statuierte und zu einer Abschottung des Schweizer Marktes führte und somit auch in Europa als Kernbeschränkung galt bzw. gilt, zumindest eine wettbewerbsrechtlich problematische Klausel darstellte. Auch war der Beschwerdeführerin bewusst, dass solche Verhaltensweisen nach Massgabe von Art. 49a Abs. KG sanktioniert werden können. Die Vorbringen der Beschwerdeführerin vermögen die Schlussfolgerungen in der angefochtenen Verfügung zur Vorwerfbarkeit nicht entkräften. Auch das Argument, aufgrund des Compliance-Programms sei die Vorwerfbarkeit nicht gegeben, ist aufgrund der nachfolgenden Ausführungen zurückzuweisen. Am 1. April 2004 traten die Bestimmungen des revidierten KG in Kraft, die eine Sanktionierung von Wettbewerbsabreden wie der vorliegenden einführen. Etwa zeitgleich wurde die Beschwerdeführerin von Colgate übernommen und führte nach ihren Angaben regelmässige und umfangreiche Compliance-Trainings durch, insbesondere mit Schwerpunkt auf Kartellrecht. Ende 2005, also über ein Jahr nach der Übernahme begannen nach Angaben der Beschwerdeführerin die Verhandlungen für den Abschluss des neuen Distribution Agreements. Von einem Compliance-Training von der in Rn. 338 der angefochtenen Verfügung beschriebenen Art darf erwartet werden, dass es innerhalb einer kürzeren Zeitspanne eine Klausel wie Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages aufdeckt und behebt. Gerade weil die Beschwerdeführerin in den an die Schweiz angrenzenden Ländern mit Tochtergesellschaften

am Markt tätig ist, hätte ein besonderes Augenmerk auf die den Vertrieb in Österreich regelnden Vertragsklauseln gerichtet werden müssen, ist doch allgemein bekannt, dass gerade Vertriebsverträge oft wettbewerbsrechtlich bedenkliche Klauseln enthalten. Schliesslich ist zum Argument, im September 2005 hätten die Parteien mit den Verhandlungen zu den neuen Verträgen begonnen, also noch vor Eröffnung der Vorabklärung, folgendes festzuhalten: wenn die Beschwerdeführerin damit geltend machen will, sie habe bereits im September 2005 Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages ersetzen wollen und demnach Vertragsverhandlungen aufgenommen, welche bis 2006 dauerten und somit auch die Dauer des Lizenzvertrages vom 1. Februar 1982 verlängerte, so ändert dies nichts an der Vorwerfbarkeit. Hätte die Beschwerdeführerin tatsächlich Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages Ende 2005 entdeckt und abändern wollen, hätten die Parteien mit einer simplen Vertragsergänzung den Lizenzvertrag vom 1. Februar 1982 rechtskonform anpassen können. Im Übrigen zeigen die 2005 ins Auge gefassten und 2006 übernommenen Änderungen im Distribution Agreement, dass die Parteien bereits damals das Passivverkaufsverbot aufzuheben gedachten und somit wohl auch von dessen Unzulässigkeit ausgingen. Da die Beschwerdeführerin Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages weiterbestehen liess, und aufgrund der hiervor dargestellten Gründe ist es nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz das Verhalten der Beschwerdeführerin als vorwerfbar angesehen hat. Das Bundesverwaltungsgericht kommt demnach zum Schluss, dass die Vorinstanz korrekterweise ein Verschulden seitens der Beschwerdeführerin annahm.

#### **xxvi. SANKTIONSBEMESSUNG FÜR DIE BESCHWERDEFÜHRERIN**

##### **14.4**

**14.4.1** Die Beschwerdeführerin macht zur Sanktionsbemessung einleitend geltend, die Vorinstanz habe die Umsatzzahlen der Beschwerdeführerin für das Jahr 2004 erst 2 Tage nach Erlass der angefochtenen Verfügung erhalten. Zudem entspreche die ausgesprochene Sanktion [...] der Maximalsanktion. Diese stelle für die konkrete Berechnung der Sanktion eine absolute Obergrenze dar, welche für horizontale Abreden sachgerecht sein möge. Bei Vertikalabreden sei indes eine Sanktion von rund [...] der Maximalsanktion unverhältnismässig, was die EU-Praxis und die damals in der EU geltenden Geldbussen-Leitlinien zeigten (Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbussen, die gemäss Artikel 15 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 und gemäss Artikel 65 Absatz 5 EGKS-Vertrag festgesetzt werden; ABI. C 9 vom 14. Januar 1998, S. 3). Auf diese verweise auch die Vorinstanz, weswegen Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages höchstens einen min-

der schweren Verstoss im Sinne der Geldbussen-Leitlinie sowie der Sanktionsverordnung darstelle, und die von der Wettbewerbskommission verhängte Sanktion in jeder Beziehung unverhältnismässig sei. Konkret macht die Beschwerdeführerin folgende Ausführungen: (i) Zur Art und Schwere des Verstosses trägt sie vor, die angefochtene Verfügung berücksichtige nicht, dass die Klausel wie das Beispiel Spar zeige nie durchgesetzt worden sei, sowie dass ausreichender Interbrand- und Intrabrand-Wettbewerb geherrscht habe. Ausserdem beruhe das ganze Verfahren sowie die angefochtene Verfügung auf Behauptungen von Denner, welche erwiesenermassen allesamt nicht hätten erhärtet werden können. Es sei demnach höchstens von einem besonders leichten Verstoss auszugehen. (ii) Die Dauer des Verstosses könne nur der Zeitraum ab dem 1. April 2004 sein. Da Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages jedoch seit 2003 nicht eingehalten worden sei, könne gar keine Sanktion ausgesprochen werden. (iii) Es lägen mildernde Umstände i.S.v. Art. 6 SVKG vor. Die Beschwerdeführerin habe aktiv mit den Behörden zusammengearbeitet und von Anfang an dargelegt, dass sie keine Parallelimporte verhindert habe. Sie habe mehr als die erforderlichen Informationen geliefert. Ausserdem importiere Spar seit 2003, und es habe kein anderes Unternehmen Interesse an Importen gehabt. Sodann habe die Beschwerdeführerin davon ausgehen dürfen, dass der Lizenzvertrag eine zulässige Technologietransfervereinbarung darstelle, da auch die österreichische Wettbewerbsbehörde keine Einwände dagegen erhoben habe. Schliesslich verweist die Beschwerdeführerin auf ihr Compliance-Programm. Zusammenfassend hält sie fest, die Sanktion sei in unzulänglicher Weise berechnet worden, indem der Basisbetrag zu hoch, das Rückwirkungsverbot nicht beachtet und die Schwere des Verbotes unzulänglich beurteilt worden seien. Replicando trägt die Beschwerdeführerin vor, als mildernder Umstand sei zudem die Verletzung der Unschuldsvermutung zu berücksichtigen.

**14.4.2** Die Vorinstanz entgegnet mit Verweis auf die Definition eines schweren Verstosses i.S.d. Geldbussen-Leitlinien, ein Passivverkaufsverbot erfülle die Voraussetzungen zweifelsohne. Zu den von der Beschwerdeführerin vorgetragenen mildernden Umständen hält die Vorinstanz fest, es erstaune nicht, dass anlässlich einer Fusionskontrollmeldung in Österreich keine Einwände gegen den Lizenzvertrag erhoben worden seien. Zudem habe die Beschwerdeführerin dies lediglich behauptet und nie eine offizielle Stellungnahme der österreichischen Wettbewerbsbehörde eingereicht. Zu den Ausführungen betreffend Spar, der Technologietransfervereinbarung sowie dem Compliance-Programm wird auf die entsprechenden Passagen der angefochtenen Verfügung verwiesen. Schliesslich hält die

Vorinstanz zur Kooperation der Beschwerdeführerin fest, diese habe sich darauf beschränkt, ihren gesetzlich obliegenden Verpflichtungen gemäss Art. 40 KG nachzukommen, was sich aus den Eingaben zeige. Die besagten Unterlagen seien ausserdem erst auf Nachfrage eingereicht worden. Dass die Beschwerdeführerin den Vorwurf von Beginn an zu entkräften versucht habe, sei in erster Linie auf die Wahrnehmung ihrer Verteidigungsrechte zurückzuführen gewesen.

**14.4.3** In Rn. 346 ff. der angefochtenen Verfügung werden die Sanktionsbemessungskriterien aufgezählt. Demnach ist in einem ersten Schritt die Maximalsanktion zu bestimmen. Innerhalb des Sanktionsrahmens ist sodann der Basisbetrag gemäss Art. 3 SVKG festzusetzen. Schliesslich sind die Dauer und die Schwere des Verstosses sowie weitere Kriterien (erschwerende und mildernde Umstände) zu berücksichtigen. Auf diese Weise ist die Vorinstanz vorgegangen. Sie hat die Maximalsanktion auf 10% der in den Geschäftsjahren 2004, 2005 und 2006 in der Schweiz erzielten Umsätze festgesetzt. Dies entspricht dem klaren Gesetzeswortlaut von Art. 49a Abs. 1 KG und ist nicht zu beanstanden. Insbesondere vermag der Verweis der Beschwerdeführerin auf die EU-Geldbussen-Leitlinien an dieser Stelle nichts an der Korrektheit der im Schweizer Recht vorgeschriebenen Berechnung zu ändern. Sodann hat die Vorinstanz die obere Grenze des Basisbetrags nach Massgabe von Art. 3 SVKG auf 10% des Umsatzes in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz festgelegt. Dies entspricht ebenfalls dem klaren Wortlaut von Art. 3 SVKG und kann ebenfalls nicht durch den Hinweis auf die Geldbussen-Leitlinien als widerrechtlich eingestuft werden. In einem weiteren Schritt ist bei der konkreten Festlegung des Basisbetrages zu ermitteln, um welche Art von Verstoss es sich handelt. Hierzu hat die Vorinstanz festgestellt, Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages habe ein absolutes Passivverkaufsverbot vorgesehen, was auch nach Praxis und Rechtslage in der EU als schwerer Wettbewerbsverstoss einzustufen sei. Da die Parallelimporte von Spar zugunsten der Beschwerdeführerin berücksichtigt wurden, kam die Vorinstanz zum Schluss, dass in casu mindestens ein mittelschwerer Verstoss vorliege, und setzte den Basisbetrag auf 5% des Umsatzes fest. Auch dies ist nicht zu beanstanden. Daran vermag insbesondere der allgemeine Verweis der Beschwerdeführerin auf die Praxis und Rechtslage in der EU nichts ändern, da die Beschwerdeführerin keine Fälle hierzu nennt und keine Belege ins Recht legt, welche die von der Vorinstanz in Rn. 105 der angefochtenen Verfügung angeführte Praxis widerlegen könnten. Insbesondere aus den Geldbussen-Leitlinien der Kommission lässt sich nicht ableiten, dass Ziff. 3.2. von der Europäischen Kommission als minder

schwerer Wettbewerbsverstoss eingestuft würde. Im Gegenteil ist es mehr als fraglich, dass die Europäische Kommission diese Auffassung in einem Fall wie dem vorliegenden vertreten würde. Daran ändern auch die Vorbringen nichts, Ziff. 3.2 sei nicht gelebt worden, es habe genügend Intra- und Interbrand-Wettbewerb geherrscht und das gesamte Verfahren und die angefochtene Verfügung basierten ausschliesslich auf Behauptungen der Anzeigerin. Das Bundesverwaltungsgericht ist bereits oben zum Schluss gekommen, dass die Behauptung zur Vertragswirklichkeit zurückzuweisen ist (E. 12). Sodann kann der Beschwerdeführerin nicht gefolgt werden, wenn sie entgegen der herrschenden Praxis und Lehre behauptet, im Rahmen der Beurteilung der Schwere eines Verstosses sei der Inter- und Intra-brand-Wettbewerb zu prüfen (s. statt vieler TAGMANN/ZIRLICK, in: BSK-KG, Art. 49a Rn. 50 ff.). Dieser ist, wie ausgeführt (vgl. E. 10), insbesondere bei der Prüfung der Widerlegung der Vermutung zu untersuchen. Schliesslich ist das Argument der Beschwerdeführerin nicht nachvollziehbar, wonach das gesamte Verfahren und die angefochtene Verfügung ausschliesslich auf Behauptungen der Anzeigerin basierten. Dies erhellt bereits ein summarischer Blick auf die in Rn. 24 ff. der angefochtenen Verfügung aufgezeigte Verfahrensgeschichte. Die Vorinstanz hat ein mehrjähriges Untersuchungsverfahren durchgeführt, und dabei u.a. Auskünfte eingeholt von Verbänden, Detailhändlern, Konsumentenschutzorganisationen, Apotheken, Drogerien, Zahnpasta-Herstellern, dem Schweizerischen Heilmittelinstitut Swissmedic, dem Bundesamt für Gesundheit, der Colgate-Palmolive-Gruppe, von verschiedenen Zahnärzten, sowie in erheblichem Masse auch von der Beschwerdeführerin und Gebro. Das entsprechende Vorbringen ist von der Hand zu weisen.

**14.4.4** Im Rahmen der Rüge zur Sanktionsbemessung macht die Beschwerdeführerin eine Verletzung des Rückwirkungsverbots bei der Berechnung der Dauer des Wettbewerbsverstosses geltend. Sie trägt vor, für die Dauer der Berechnung sei der Zeitpunkt ab dem 1. April 2004 massgebend. Die Vorinstanz lässt sich hierzu nicht vernehmen. Das Bundesverwaltungsgericht stellt fest, dass in Rn. 363 der angefochtenen Verfügung die Vorinstanz die Dauer des Verstosses ab dem 1. April 2004 berechnet hat. Folglich ist die Rüge der Verletzung des Rückwirkungsverbots bei der Berechnung der Dauer des Verstosses als gegenstandslos zurückzuweisen.

**14.4.5** Die Beschwerdeführerin führt aus, die Vorinstanz habe die Umsatzzahlen für die Berechnung der Maximalsanktion für das Jahr 2004 erst 2 Tage nach Erlass der angefochtenen Verfügung erhalten. Indes macht die

Beschwerdeführerin nicht geltend, die Vorinstanz habe mit fehlerhaften Umsatzzahlen kalkuliert. Wie die Beschwerdeführerin selbst mehrfach betont hat, besteht für die Vorinstanz die Pflicht zur Abklärung des Sachverhaltes von Amtes wegen (Art. 12 VwVG; s. auch E. 5). Aus der Tatsache, dass die Vorinstanz die Umsatzzahlen zum Geschäftsjahr 2004 von sich aus ermittelt hat, kann nicht auf die Fehlerhaftigkeit der Sanktionsbemessung geschlossen werden. Entscheidend ist, dass die Vorinstanz die korrekten Zahlen verwendet hat, was von der Beschwerdeführerin nicht bestritten wird. Sie ist folglich mit ihrem Vorbringen nicht zu hören.

**14.4.6** Die Beschwerdeführerin trägt vor, ihre gute Kooperation sowie die Verletzung der Unschuldsvermutung durch die Vorinstanz seien als mildernde Umstände zu berücksichtigen. Ob eine Verletzung der Unschuldsvermutung zu einer Reduktion der Sanktion führt, ist fraglich, kann aber letztlich offen bleiben, da das Bundesverwaltungsgericht bereits unter E. 6.7 festgestellt hat, dass in casu keine Verletzung ist. Für eine Reduktion der Busse aufgrund guter Kooperation muss das Verhalten der Beschwerdeführerin über das hinausgehen, was üblicherweise zur Ausübung der Verteidigungsrechte an den Tag gelegt wird. Wie aus dem vorinstanzlichen Verfahren ersichtlich, ist die Kooperation der Beschwerdeführerin nicht über dieses übliche Mass hinausgegangen. Die Vorinstanz hat zu Recht angenommen, dass das Verhalten der Beschwerdeführerin nicht sanktionsmildernd zu berücksichtigen ist. Soweit die Beschwerdeführerin vorträgt, die Importe durch Spar, die Zulässigkeit von Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages als Technologietransfervereinbarung sowie das Compliance-Training seien sanktionsmildernd zu berücksichtigen, ist dies mit Verweis auf die jeweiligen Ausführungen hierzu zurückzuweisen (E. 8.5.6, 12, 14.3.6), bzw. ist festzustellen, dass die Vorinstanz in Rn. 359 der angefochtenen Verfügung die Importe von Spar angemessen berücksichtigt hat. Schliesslich legt die Beschwerdeführerin keine Beweise für ihre Behauptung vor, wonach die österreichische Wettbewerbsbehörde gegen Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages keine Einwände erhoben habe. Selbst wenn dies zuträfe, wäre es – wie die Vorinstanz zu Recht ausführt – nicht erstaunlich. Die Beschwerdeführerin trägt vor, sie habe den Lizenzvertrag im Rahmen der Fusionskontrollmeldung bei der österreichische Wettbewerbsbehörde eingereicht. In diesem Verfahren liegt der Fokus nicht auf der Ermittlung einer allenfalls wettbewerbswidrigen Abrede, sondern es werden die wettbewerbsrechtlichen Auswirkungen des Zusammenschlusses geprüft. Nur weil im Rahmen eines Fusionskontrollverfahrens keine Einreden gegen eine Wettbewerbsabrede erhoben wurden, bedeutet das e contrario nicht, dass sie von der Wettbewerbsbehörde freigestellt wurde.

Nach dem Gesagten gelangt das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss, dass die Sanktionsbemessung in casu nicht zu beanstanden ist.

## **xxvii. SANKTIONSBEMESSUNG FÜR GEBRO**

### **14.5**

**14.5.1** Die Beschwerdeführerin bringt zur Sanktionsbemessung von Gebro vor, der Untersuchungsgrundsatz sei verletzt, weil in der angefochtenen Verfügung ohne Befragung der Parteien angenommen werde, dass Gebro in einer schwächeren Position gewesen sei. Dies belege auch die Tatsache, dass weder die Beschwerdeführerin noch die Vorinstanz dieser Frage anlässlich der Anhörung vom 8. Juni 2009 oder in einem Fragebogen nachgegangen sei. Auch die Behauptung, die Beschwerdeführerin habe durch die Durchsetzung der Gebietsschutzklausel die Zunahme von Wettbewerbsdruck verhindern können und deshalb ein höheres Interesse an der Gebietsschutzklausel gehabt, entbehre jeglicher Grundlage. Zudem habe die Vorinstanz das rechtliche Gehör verletzt, weil sie sich nicht mit den Argumenten der Beschwerdeführerin auseinandergesetzt, sondern sich damit begnügt habe, diese stichwortartig wiederzugeben. Zum Lizenzvertrag von 1982 führt sie aus, die Gebietsschutzklausel sei auch im Interesse von Gebro gewesen, da sich die Beschwerdeführerin verpflichtet habe, weder direkt noch indirekt nach Österreich zu liefern. Gebro sei ein international tätiger Konzern, von dem nicht anzunehmen sei, dass er einen Vertrag eingeehe der die Beschwerdeführerin einseitig begünstigen würde. Sodann wiederholt die Beschwerdeführerin erneut ihre Vorbringen zu Spar, zur fehlenden Auswirkung des Lizenzvertrages sowie zu ihrer angeblich falsch wiedergegebenen Gruppenstruktur. Schliesslich hält die Beschwerdeführerin fest, die Höhe der Gebro auferlegten Sanktion belege, dass diejenige der Beschwerdeführerin unverhältnismässig sei. Die Vorinstanz verweist auf die angefochtene Verfügung.

**14.5.2** In der angefochtenen Verfügung wird ausgeführt, aus einer Gegenüberstellung der Interessen der Parteien zeige sich, dass ein Ungleichgewicht zu Gunsten der Beschwerdeführerin geherrscht habe. [...] Die Beschwerdeführerin hätte hingegen andere Möglichkeiten gehabt, um auf dem österreichischen Markt tätig zu werden. [...] So habe die Beschwerdeführerin gewisse Bedingungen gegenüber Gebro durchsetzen können. Hinsichtlich der Durchsetzung der Gebietsschutzabrede falle ins Gewicht, dass Gebro der Vorinstanz mitgeteilt habe, ihr Hauptaugenmerk gelte dem österreichischen Markt. Die Beschwerdeführerin habe hingegen die Zunahme von Wettbewerbsdruck mit der Durchsetzung der Gebietsschutzabrede verhindern können, insbesondere den Druck auf die Einstandspreise

durch Parallelimporte der Anzeigerin. Da die vertragliche Beziehung zwischen den Parteien seit mehr als 25 Jahren bestehe und Gebro in dieser Zeit Investitionen in die Produktion und den Vertrieb getätigt habe, sei davon auszugehen, dass Gebro kaum die Kündigung der bestehenden Verträge riskieren würde.

**14.5.3** Die Beschwerdeführerin rügt an dieser Stelle die Sanktionsbemessung für Gebro. Gemäss Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG ist zur Beschwerde berechtigt, wer ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung einer Verfügung hat. Dieses kann rechtlicher oder tatsächlicher Natur sein. Es muss sich aber um ein unmittelbares, persönliches Interesse handeln. Die beschwerdeführende Person muss darlegen, dass die angefochtene Verfügung ihr einen Nachteil verursacht oder sie eines Vorteils beraubt hat (ISABELLE HÄNER, in: VwVG-Kommentar, Art. 48 Rn. 20). Ein solcher kann für die Beschwerdeführerin im vorliegenden Verfahren nicht in der gegen Gebro ausgesprochenen Sanktion erblickt werden. Auf die Rügen zur Sanktion von Gebro ist daher mangels Rechtsschutzinteresses nicht einzutreten. Das Vorbringen der Beschwerdeführerin, wonach die Vorinstanz nicht auf ihre Argumente eingegangen und damit das rechtliche Gehör verletzt habe, ist mit Verweis auf Rn. 349 ff. sowie 374 ff. der angefochtenen Verfügung zurückzuweisen. Die Vorinstanz hat entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerin sich nicht damit begnügt, deren Argumente aufzulisten, sondern hat sie Punkt für Punkt widerlegt. Ebenfalls aus einem Vergleich von Rn. 349 ff. und 374 ff. der angefochtenen Verfügung zeigt sich, dass die Vorinstanz die Sanktionen für die Beschwerdeführerin und Gebro separat berechnet und deren unterschiedliche Höhe begründet hat. Es kann der Beschwerdeführerin nicht gefolgt werden, wenn sie geltend macht, die Höhe der Sanktion von Gebro zeige die Unangemessenheit ihrer eigenen Busse. Im Gegenteil erhellt das Vorgehen der Vorinstanz, dass diese unter Berücksichtigung aller Tatsachen für jedes Unternehmen die Busse festgelegt und somit korrekt gehandelt hat. Schliesslich sind die Vorbringen zu Spar, zur fehlenden Auswirkung des Lizenzvertrages sowie zur angeblich falsch wiedergegebenen Gruppenstruktur mit Hinweis auf die obigen Ausführungen zurückzuweisen (siehe E. 5.10.2, 8.1, 12).

## **15. FAZIT: ABWEISUNG DER BESCHWERDE**

### **15.**

Das Bundesverwaltungsgericht gelangt nach dem Gesagten zum Schluss, dass die Vorinstanz zu Recht die Beschwerdeführerin gestützt auf Art. 49a Abs. 1 KG mit einer Sanktion in Höhe von CHF 4'820'580.- belegt hat für



eine unzulässige Wettbewerbsabrede nach Massgabe von Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG. Die Rügen der Beschwerdeführerin sind demnach zurückzuweisen. Einzige Ausnahme bildet die unter E. 4.2.5 gerügte Gehörsverletzung. Da das Bundesverwaltungsgericht zur Ansicht gelangt ist, dass der Mangel als geheilt zu betrachten ist, vermag dies das Fazit nicht zu ändern. Diese Tatsache wird allenfalls, wie bereits erwähnt, bei der Kostenverteilung zu berücksichtigen sein. Demnach ist die Beschwerde vom 25. Januar 2010 abzuweisen.

## 16. KOSTEN UND ENTSCHÄDIGUNG

### 16.

#### xxviii. VERFAHRENSKOSTEN VOR DER VORINSTANZ

##### 16.1

**16.1.1** Die Beschwerdeführerin trägt zur Verlegung der Verfahrenskosten durch die Vorinstanz vor, diese habe nicht dem Verursacher- und dem Unterliegerprinzip entsprochen. Da sich bei zwei Dritteln der Untersuchungspunkte die Verdachtsmomente nicht hätten erhärten lassen, sei gestützt auf Art. 3 Abs. 2 Bst. c der Verordnung über die Gebühren zum Kartellgesetz vom 25. Februar 1998 (Gebührenverordnung KG, GebV-KG, SR 251.2) der Beschwerdeführerin höchstens ein Sechstel der ihr tatsächlich auferlegten Kosten aufzuerlegen, d.h. maximal CHF 51'036.-. Dies entspreche einem allgemeinen prozessualen Grundsatz, welcher gemäss Praxis im kartellrechtlichen Verfahren analog anwendbar sei.

**16.1.2** Die Vorinstanz verweist auf die angefochtene Verfügung sowie auf ihre bisherige Praxis. In der angefochtenen Verfügung werden gestützt auf Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 4 Abs. 2 GebV-KG die Kosten der vorinstanzlichen Vorabklärung und der Untersuchung berechnet. Die Kosten der Vorabklärung werden auf CHF 19'845.-, diejenigen für die Untersuchung auf insgesamt CHF 286'370.- festgesetzt. Total betragen die Kosten CHF 306'215.-, wovon CHF 296'215.- der Beschwerdeführerin und CHF 10'000.- der Gebro Pharma GmbH auferlegt wurden. Diese Aufteilung erfolgte gemäss den Ausführungen der Vorinstanz in Rn. 390 der angefochtenen Verfügung "[i]n Analogie zu den Überlegungen zur Verwaltungssanktion (vgl. Rz. 374 ff.) bezüglich der Interessensymmetrie zwischen Gaba und Gebro [...]." Das Bundesverwaltungsgericht erachtet diese Aufteilung als nachvollziehbar und schlüssig.

**16.1.3** Die Wettbewerbsbehörden erheben Gebühren für Verfügungen über die Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen nach Art. 26 ff. KG (Art. 53a Abs. 1 Bst. a KG). Gemäss dem in Art. 2 Abs. 1 GebV-KG statuierten Verursacherprinzip ist gebührenpflichtig, wer Verwaltungsverfahren verursacht. Keine Gebühren bezahlen Beteiligte, die eine Untersuchung verursacht haben, sofern sich die zu Beginn vorliegenden Anhaltspunkte nicht erhärten und das Verfahren aus diesem Grund eingestellt wird (Art. 3 Abs. 2 Bst. c GebV-KG, Unterliegerprinzip). Der von der Beschwerdeführerin ins Recht gelegte Bundesgerichtsentscheid BGE 128 II 247 ist vor Erlass des Art. 53a KG ergangen. Da zum Urteilszeitpunkt die GebV-

KG noch nicht in allen möglichen Anwendungsfällen über eine eigenständige Grundlage im KG verfügte, relativierte das Bundesgericht das Verursacherprinzip, insofern es ausführte, dass die in Art. 3 Abs. 2 der KG-Gebührenverordnung erwähnten Fälle von Gebührenfreiheit nicht abschliessend, sondern nur beispielhaft zu verstehen seien. Nur wer hinreichend begründeten Anlass zu einer Untersuchung gebe, d.h. mit seinem Verhalten grundsätzlich Massnahmen nach Art. 30 KG auslöse, könne als "unterliegend" im hier interessierenden Sinne betrachtet und mit Untersuchungskosten belastet werden (vgl. BGE 128 II 247 E. 6.2). Die Lehre nimmt an, dass diese Rechtsprechung auch nach Erlass des Art. 53a KG weiterhin Gültigkeit besitzt, da Art. 53a KG lediglich die bisherige Praxis auf eine genügende gesetzliche Grundlage gestellt habe (für eine Übersicht, siehe TAGMANN/ZIRLICK, in: BSK-KG, Art. 53a Rn. 5). Dieser Auffassung ist zuzustimmen. Gebührenpflichtig gemäss der GebV-KG ist nur, wer i.S.v. Art. 2 Abs. 1 GebV-KG eine Untersuchung verursacht hat und nur hinsichtlich derjenigen Punkte, die sich haben er härten lassen und die zum Erlass einer Verfügung geführt haben (Art. 3 Abs. 2 Bst. c GebV-KG). In casu erging die angefochtene Verfügung nur hinsichtlich einem der drei Punkte, weshalb der Beschwerdeführerin die Gebühren lediglich zu  $\frac{1}{3}$  aufzuerlegen sind. Dies ergibt den Betrag von CHF 98'738.30. Das Bundesverwaltungsgericht gelangt demnach zum Schluss, dass Ziff. 5 des Dispositivs der Verfügung vom 30. November 2009 im Untersuchungsverfahren 22-0349 abzuändern ist und die der Beschwerdeführerin aufzuerlegenden, vorinstanzlichen Verfahrenskosten auf CHF 98'738.30 festzulegen sind.

**xxix. KOSTEN UND ENTSCHÄDIGUNG VOR  
BUNDESVERWALTUNGSGERICHT**

**16.2**

**16.2.1** Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt in der Entscheidformel die Verfahrenskosten, bestehend aus Spruchgebühr, Schreibgebühren und Barauslagen, in der Regel der unterliegenden Partei. Unterliegt diese nur teilweise, so werden die Verfahrenskosten ermässigt (Art. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]; Art. 63 Abs. 1 VwVG). Keine Verfahrenskosten werden gemäss Art. 63 Abs. 2 VwVG Vorinstanzen auferlegt. Die Verfahrenskosten setzen sich zusammen aus der Gerichtsgebühr (also den Kosten für das Kopieren von Rechtsschriften und dem für Dienstleistungen normalerweise anfallenden Verwaltungsaufwand) und den Auslagen (insbesondere den Kosten für Übersetzungen und für die Beweiserhebung; vgl. Art. 1 VGKE).

**16.2.2** Die Beschwerdeführerin ist mit ihrer Beschwerde vom 25. Januar 2010 unterlegen. Ausnahmen bilden die unter E. 4.2.5 festgestellte Gehörsverletzung sowie die Kostenverlegung durch die Vorinstanz (siehe E. 16.1.3). Da sie bei diesem Verfahrensausgang als überwiegend unterliegende Partei zu betrachten ist, hat sie die Verfahrenskosten, welche gestützt auf Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 4 VGKE auf CHF 50'000.- festzusetzen sind, wie nachfolgend dargelegt zu tragen.

**16.2.3** Die Beschwerdeführerin wurde in der angefochtenen Verfügung zur Zahlung von insgesamt CHF 5'116'795.- verurteilt (CHF 4'820'580 Sanktion plus CHF 296'215 Verfahrenskosten). Aufgrund des unter E. 16.1.3 Ausgeführten ist dieser Betrag um CHF 197'476.70 zu reduzieren. Damit hat sie im Umfang von ca. 4% obsiegt. Die Verfahrenskosten von CHF 50'000.- sind demnach um den Betrag von CHF 2'000.- zu reduzieren und auf CHF 48'000.- festzulegen. Nach Rechtskraft des Urteils sind sie mit dem geleisteten Kostenvorschuss in Höhe von CHF 40'000.- zu verrechnen. Der Restbetrag von CHF 8'000.- ist innert 30 Tagen nach Rechtskraft des Urteils der Gerichtskasse zu überweisen.

**16.2.4** Aufgrund dieser Feststellungen hat die Beschwerdeführerin Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 64 Abs. 1 VwVG). Diese ist entsprechend dem Stundenaufwand für den Kostenpunkt auf CHF 1'000.- festzulegen. Die Vorinstanz hat der Beschwerdeführerin diesen Betrag nach Rechtskraft des Urteils zu entrichten.

## **17. BERICHTIGUNG VON AMTES WEGEN**

**17.** Ziffer 1 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung vom 30. November 2009 lautet:

*"Es wird festgestellt, dass der Lizenzvertrag vom 1. Juli 1982 zwischen Gaba International AG und Gebro Pharma GmbH bis zum 1. September 2006 eine unzulässige Gebietsabrede nach Massgabe von Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 KG enthielt."*

Wie aus act. 20 hervorgeht, datiert der Lizenzvertrag nicht vom 1. Juli 1982 sondern vom 1. Februar 1982. Dieser redaktionelle Fehler im Dispositiv der angefochtenen Verfügung ist vom Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen zu korrigieren. Er wirkt sich nicht auf den Prozessausgang aus.

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde vom 25. Januar 2010 wird betreffend die Sanktionierung der Beschwerdeführerin abgewiesen.

**2.**

Betreffend die von der Vorinstanz vorgenommenen Kostenliquidation wird die Beschwerde vom 25. Januar 2010 teilweise gutgeheissen, soweit darauf eingetreten wird. Ziff. 5 des Dispositivs der Verfügung vom 30. November 2009 im Untersuchungsverfahren 22-0349 wird wie folgt abgeändert:

"5. Die Verfahrenskosten belaufen sich insgesamt auf CHF 306'215.- und werden den Parteien wie folgt auferlegt:

Gaba International AG CHF 98'738.30."

**3.**

Der redaktionelle Fehler in Ziff. 1 des Dispositivs der Verfügung vom 30. November 2009 im Untersuchungsverfahren 22-0349 wird wie folgt berichtigt:

"1. Es wird festgestellt, dass der Lizenzvertrag vom 1. Februar 1982 zwischen Gaba International AG und Gebro Pharma GmbH bis zum 1. September 2006 eine unzulässige Gebietsabrede nach Massgabe von Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 KG enthielt."

**4.**

Von den Kosten des vorliegenden Verfahrens in Höhe von insgesamt CHF 50'000.- werden der Beschwerdeführerin CHF 48'000.- auferlegt. Sie werden nach Rechtskraft des Urteils mit dem von der Beschwerdeführerin geleisteten Kostenvorschuss in Höhe von CHF 40'000.- verrechnet. Die Beschwerdeführerin hat den Restbetrag von CHF 8'000.- innert 30 Tagen nach Rechtskraft des Urteils der Gerichtskasse zu überweisen.

**5.**

Der Beschwerdeführerin wird eine Parteientschädigung in Höhe von CHF 1'000.- zulasten der Vorinstanz zugesprochen.

**6.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde; Beilage: Einzahlungsschein)
- die Vorinstanz (Ref.-Nr. 22-0349; Gerichtsurkunde)
- das Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF (Gerichtsurkunde)
- die Anzeigerin (Rechtsvertreter; Einschreiben [auszugsweise])
- die Gebro Pharma GmbH (Rechtsvertreter; Einschreiben [auszugsweise])

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Hans Urech

Laura Melusine Baudenbacher

### **Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Die Rechtschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die Beschwerdeführerin in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 13. Januar 2014