Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Entscheid bestätigt durch BGer mit Urteil vom 04.04.2017 (2C_172/2014)

Abteilung II
B-463/2010

Urteil vom 19. Dezember 2013

Besetzung

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

Parteien

Gebro Pharma GmbH,
AT-6391 Fieberbrunn,
vertreten durch die Rechtsanwälte
Dr. iur. Marcel Dietrich und Dr. iur. Alexander Bürgi,
Homburger AG, Hardstrasse 201,
Postfach 314, 8037 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: ... 4
I. Einleitung ... 4
II. Vorinstanzliches Verfahren ... 5
III. Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht ... 9
Erwägungen: ... 14
1. Prozessvoraussetzungen ... 14
2. Ausgangslage ... 16
3. Anwendungsbereich des Kartellgesetzes ... 16
i. Persönlicher Anwendungsbereich ... 16
ii. Sachlicher Anwendungsbereich ... 17
iii. Örtlicher Anwendungsbereich ... 19
iv. Vorbehaltene Vorschriften ... 19
Formelle Rügen ... 21
4. Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs ... 21
5. Rüge der Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes ... 39
6. Rüge der Verletzung des Rechts auf ein unabhängiges Gericht ... 43
7. Rüge der Verletzung des Rechts auf ein gesetzmässiges Gericht ... 45
Zwischenfazit: keine Verletzung formeller Rechte ... 47
Materielle Rügen ... 48
8. Analyse der Vertragswirklichkeit ... 48
i. Parallelimporte von Spar ... 49
ii. Weitere Exporttätigkeiten ... 51
iii. Fehlende Lieferanfrage von Denner ... 54
iv. Analyse des Kausalzusammenhangs ... 57
v. Zwischenfazit: Passivverkaufsverbot gegeben ... 61
9. Marktabgrenzung ... 61
i. Sachliche Marktabgrenzung ... 62
ii. Räumliche Marktabgrenzung ... 64
iii. Zwischenfazit relevanter Markt ... 65

10. Widerlegung der gesetzlichen Vermutung 66
11. Erheblichkeit der Wettbewerbsbeschränkung 67
i. Analyse der Erheblichkeit 67
ii. Qualitative Erheblichkeit 70
iii. Quantitative Erheblichkeit 70
iv. Zwischenfazit: Erheblichkeit gegeben 73
12. Rechtfertigungsgründe 74
i. Rechtfertigung aufgrund der Marktanteile? 74
ii. Rechtfertigung aufgrund von Kapazitätsengpässen? 75
iii. Rechtfertigung aufgrund effizienter Produktionsplanung? 76
iv. Rechtfertigung aufgrund divergierender Vorschriften? 77
v. Zwischenfazit: unzulässige Wettbewerbsabrede 78
13. Sanktionierung 78
i. Zur Frage der Sanktionierbarkeit erheblicher Wettbewerbsbeeinträchtigungen 78
ii. Rüge der Verletzung des Verschuldensprinzips 83
iii. Sanktionsbemessung 87
14. Fazit: Abweisung der Beschwerde 90
15. Kosten und Entschädigung 91
i. Verfahrenskosten vor der Vorinstanz 91
ii. Kosten und Entschädigung vor Bundesverwaltungsgericht 91
16. Berichtigung von Amtes wegen 92
Dispositiv: 93
Rechtsmittelbelehrung: 94

Sachverhalt:

I. EINLEITUNG

A.

A.a Die Gebro Pharma GmbH (Gebro) mit Sitz in Fieberbrunn, Österreich, ist auf die Herstellung und den Vertrieb chemischer und pharmazeutischer Produkte spezialisiert. Seit 25 Jahren ist sie Lizenznehmerin der Gaba International AG (Gaba) mit Sitz in Therwil, Schweiz. Gaba entwickelt und vertreibt seit über 60 Jahren Mund- und Zahnpflegeprodukte, darunter Zahnpasten, Zahnspülungen, 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.

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 zu dem von der Wettbewerbskommission (WEKO, im Folgenden: Vorinstanz) mit Verfügung vom 3. September 2007 unter Auflagen bewilligten 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: 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 (BBl 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 Am 12. April 2007 informierte das Sekretariat Gebro darüber, dass die Akten aus der Vorabklärung in das Untersuchungsverfahren übernommen werden und ersuchte sie um fristgerechte Einreichung von Korrekturen und Ergänzungen.

B.e 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.f Am 9. April 2008 und am 3. Oktober 2008 verschickte das Sekretariat Fragebögen an Gebro mit entsprechender Information an die Österreichische Bundeswettbewerbsbehörde. Die Antworten gingen am 13. Mai bzw. 20. Oktober 2008 ein.

B.g 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.h 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 selbst zu äussern. Zudem wurden beide Unternehmen mit Schreiben vom gleichen Tag aufgefordert, Stellung zu nehmen für den Fall, dass die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs widerlegt werden könnte.

B.i

B.i.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.i.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 Europäischen 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.i.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 existierende 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.i.d Die Vorinstanz kommt ferner zum Schluss, die von Gaba und Gebro getroffene Gebietsabrede im Sinne von 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 Vertragsparteien hätten die Abrede über die Zuweisung von Gebieten bewusst und gewollt umgesetzt. Da Gebro mit einer eigenen Tochtergesellschaft in der Schweiz vertreten sei, welche Arzneimittel der Gebro sowie von Partnerfirmen in der

Schweiz vertreibe, sei sie mit den wettbewerbsrechtlichen Regeln des Landes vertraut gewesen. Die Abrede sei Gebro im Sinne des Kartellgesetzes vorwerfbar. Im Rahmen der Sanktionsbemessung hielt die Vorinstanz fest, dass der bis zum 1. September 2006 geltende Lizenzvertrag Gaba einseitig begünstigt habe. […] Weil Gebro praktisch nichts anderes übrig geblieben sei als die Vertragsbedingungen von Gaba zu akzeptieren, auferlegte die Vorinstanz ihr eine symbolische Sanktion in Höhe von CHF 10'000.- sowie Verfahrenskosten in Höhe von CHF 10'000.-.

B.j 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

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

> "1. Die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 30. November 2009 in Sachen Untersuchung betreffend 22-0349: Gaba sei aufzuheben und die Untersuchung betreffend 22-0349: Gaba sei ohne Folgen für Gebro Pharma GmbH einzustellen.
>
> 2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Staates."

Verfahrensanträge:

> "1. Die Akten der Vorinstanz seien für das vorliegende Beschwerdeverfahren beizuziehen.
>
> 2. Es sei mit der Beschwerdeführerin eine öffentliche Parteiverhandlung durchzuführen.

3. Es seien alle als Geschäftsgeheimnisse bezeichneten Angaben und Beilagen als Geschäftsgeheimnisse zu behandeln und gegenüber Dritten und im Fall einer Entscheidpublikation nicht offen zu legen."

C.a.b In formeller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, einen Verstoss gegen das Recht auf ein gesetzmässiges bzw. unabhängiges Gericht, willkürliches Handeln durch die Vorinstanz sowie eine Verletzung der strafrechtlichen Unschuldsvermutung. Zur Gehörsverletzung trägt sie vor, sie sei nicht zu den Änderungen der angefochtenen Verfügung angehört worden, obwohl diese sich wesentlich vom Antrag des Sekretariates vom 16. Dezember 2008 unterscheide. Im Zusammenhang mit der Rüge der Verletzung des Rechts auf ein gesetzmässiges Gericht macht die Beschwerdeführerin geltend, die am Entscheid mitwirkenden Mitglieder der Vorinstanz seien nie bekannt gegeben worden. Zudem hätten an der Anhörung vom 8. Juni 2009 zwei Mitglieder der Vorinstanz nicht teilgenommen. Falls diese an der Verfügung mitgewirkt hätten, sei der Anspruch auf ein gesetzmässiges Gericht verletzt. Ihr Recht auf ein unabhängiges Gericht sieht die Beschwerdeführerin als nicht gewahrt an, da die Vorinstanz sowohl Untersuchungs- als auch Entscheidungsbehörde sei und ihr Vertreter von wirtschaftlichen Interessengruppen angehörten. Sodann habe die Vorinstanz Akten unterschlagen und in der Folge den Sachverhalt in willkürlicher Weise gewürdigt. Schliesslich sieht die Beschwerdeführerin die strafrechtliche Unschuldsvermutung als verletzt an, weil die Vorinstanz den ihr unterstellten Gesetzesverstoss nicht über jeden vernünftigen Zweifel bewiesen habe, und weil ihr eine Sanktion auferlegt worden sei, obwohl sie kein Verschulden treffe.

C.a.c Materiell rügt die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe in mehrerer Hinsicht den Sachverhalt unrichtig bzw. unvollständig festgestellt und fälschlicherweise gestützt darauf auf die Existenz eines Passivverkaufsverbotes geschlossen. Ausserdem sei die von der Vorinstanz vorgenommene Erheblichkeitsanalyse fehlerhaft und die Vorinstanz habe zahlreiche Rechtfertigungsgründe nicht berücksichtigt. Überdies seien die Voraussetzungen für die Verhängung einer Sanktion in casu nicht gegeben. Schliesslich sei die Sanktion willkürlich bemessen worden.

C.a.d Hinsichtlich der Kostenverlegung durch die Vorinstanz erhebt die Beschwerdeführerin die Willkürrüge, da ihr die Kosten nicht im Verhältnis der Sanktion auferlegt worden seien, sondern sie einen Betrag in Höhe der Sanktion selbst zahlen müsse.

D. Parallel hierzu erhob die Gaba International AG mit Eingabe vom 25. Januar 2010 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht (Verfahren B-506/2010).

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 Gaba noch von der Beschwerdeführerin zu europäischen Preisen beliefert. Mit Schreiben vom 26. 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 ihr Gesuch 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 Gaba Stellung zu nehmen, beantragte Gaba mit Schreiben vom 27. Mai 2010 die Zustellung einer geschäftsgeheimnisbereinigten Kopie der Beschwerde der Beschwerdeführerin. Mit Verfügung vom 1. Juni 2010 lud das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerdeführerin zur Einreichung einer geschäftsgeheimnisbereinigten Version der Beschwerde vom 25. Januar 2010 sowie einer Stellungnahme zum Schreiben von Gaba vom 27. Mai 2010 ein. Die mit Schreiben vom 8. Juni 2010 übersandte, um Geschäftsgeheimnisse bereinigte, Kopie der Beschwerde der Beschwerdeführerin vom 25. Januar 2010 wurde Gaba mit Verfügung vom 14. Juni 2010 zugestellt.

J.
J.a Die Beschwerdeführerin hielt innert erstreckter Frist in ihrer Replik vom 23. August 2010 an ihren in der Beschwerde vom 25. Januar 2010 gestellten Anträgen fest. Ergänzend stellte sie folgenden Antrag:

> "4. Das vorliegende Beschwerdeverfahren sei bis zum Entscheid des Bundesgerichts in dessen Beschwerdeverfahren 2C_344/2010 [Swisscom (Schweiz) AG gegen Wettbewerbskommission und Bundesverwaltungsgericht betreffend Sanktionsverfügung Terminierung Mobilfunk] zu sistieren."

J.b Zur Begründung führt die Beschwerdeführerin aus, vor Bundesgericht sei die Frage zu klären, ob aufgrund von Art. 6 Ziff. 1 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) in einem kartellrechtlichen Sanktionsverfahren jede Instanz ein unabhängiges oder zumindest ein gesetzmässiges Gericht sein müsse. Aus prozessökonomischen Gründen sei das vorliegende Verfahren demnach zu sistieren.

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 1 und 2 zur Replik der Beschwerdeführerin vom 23. August 2010. Diese wurden ihr nach Einräumung des rechtlichen Gehörs an die Beschwerdeführerin mit Verfügung vom 22. September 2010 übersandt.

M. 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 Verfahren B-463/2010 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. Damit gab es dem Eventualantrag von Gaba vom 30. September 2010 im Verfahren B-506/2010 statt, wonach das Verfahren erst nach erfolgter Vernehmlassung der Vorinstanz zu sistieren sei.

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

O. 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 SA") den Parteien das schriftliche Urteil am 28. Januar 2013 zu (BGE 139 I 72).

P. Das Bundesverwaltungsgericht hob mit Verfügung vom 6. Februar 2013 die Sistierung des Verfahrens B-463/2010 auf. Des Weiteren setzte es der Beschwerdeführerin Frist zur Mitteilung, ob sie an ihrem Verfahrensantrag 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. Die Beschwerdeführerin teilte mit Stellungnahme vom 15. Februar 2013 ihren Verzicht auf Durchführung einer öffentlichen Verhandlung mit und zog ihren Verfahrensantrag 2 der Beschwerde vom 25. Januar 2010 zurück. Zum Urteil BGE 139 I 72 "Publigroupe" führte die Beschwerdeführerin folgendes aus: (i) der Entscheid bestätige, dass die Garantien von Art. 6 und 7 EMRK bzw. Art. 30 und 32 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) in KG-Sanktionsverfahren Anwendung fänden; (ii) das Bundesgericht relativiere zwar das Standard-Beweismass des Beweises über jeden vernünftigen Zweifel. Dies sei allerdings in casu nicht anwendbar, da es um einfache Tatfragen gehe und nicht um komplexe ökonomische Zusammenhänge; (iii) aus demselben Grund müsse das Bundesverwaltungsgericht die angefochtene Verfügung mit voller Kognition in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht überprüfen. Eine Einschränkung der Kognition gestützt auf Sachverständigenermessen sei unzulässig; (iv) mangels Organ- bzw. Organisationsverschulden könne der Beschwerdeführerin kein Schuldvorwurf gemacht werden, womit die angefochtene Sanktion unabhängig von ihrem materiellen Gehalt anfechtbar und aufzuheben sei.

S. Auf die vorstehend genannten und weiteren Vorbringen wird, soweit sie entscheiderheblich 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 10'000.- auferlegt, da sie zum Schluss gelangt ist, der zwischen der Beschwerdeführerin und Gaba 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 bestehende 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. 1bis KG). Als Herstellerin und Vertreiberin von chemischen und pharmazeutischen Produkten 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 Gaba vom 1. Februar 1982 bis zum 1. September 2006 ein schriftlicher Lizenzvertrag. Es ist zu prüfen, ob Bestimmungen dieses Vertrages als Wettbewerbsabreden im Sinne des Kartellgesetzes zu qualifizieren sind.

3.2.2 Die Beschwerdeführerin bestreitet das Vorliegen einer Abrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG. Sie habe im Sanktionszeitraum ein Passivverkaufsverbot weder bezweckt noch bewirkt. Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages habe ein solches nur auf dem Papier vorgesehen. Dies zeige sich aufgrund verschiedener indirekter und direkter Exporttätigkeiten der Beschwerdeführerin sowie aufgrund der Tatsache, dass eine Lieferanfrage der Anzeigerin bei der Beschwerdeführerin nicht habe nachgewiesen werden können. Die Vorinstanz habe Urkunden, welche dies belegen würden, in der angefochtenen Verfügung unterschlagen. Allfällige Lieferabsagen der Beschwerdeführerin seien zudem auf Kapazitätsengpässe zurückzuführen. Grund für die Seltenheit von Parallellieferungen sei nicht der Lizenzvertrag, sondern das Desinteresse der Schweizer Abnehmer. Das zeige sich auch daran, dass die im Anschluss an den Erlass der angefochtenen Verfügung bei der Beschwerdeführerin eingegangenen Lieferanfragen von den schweizerischen Detailhändlern wieder zurückgezogen worden seien. Auch sei es abwegig, für die Feststellung eines allfälligen Anstiegs von Lieferanfragen auf das Datum der Publikation der angefochtenen Verfügung abzustellen. Vielmehr hätte geprüft werden müssen, ob die Anfragen seit Abschluss des neuen Lizenzvertrages vom 1. September 2006 zugenommen hätten, da ab diesem Moment nach der Logik der Vorinstanz kein Passivverkaufsverbot mehr bestanden habe. Im Übrigen würde es auch dann an einer Abrede fehlen, wenn Gaba ein Passivverkaufsverbot bezweckt haben sollte. Da dies nämlich nie die Absicht der Beschwerdeführerin gewesen sei, läge in einem solchen Fall höchstens ein wettbewerbsrechtlich unerhebliches, einseitiges Verhalten von Gaba vor. Die Vorinstanz lässt sich hierzu nicht vernehmen.

3.2.3 Aus Rn. 88 der angefochtenen Verfügung wird deutlich, dass die Beschwerdeführerin diese Vorbringen bereits vor der Vorinstanz vorgetragen hat. Diese kam zum Schluss, Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages habe dem Wortlaut nach klar und unzweideutig ein Verbot aktiver und passiver Verkäufe

zu Lasten von Gebro vorgesehen. Eine anderslautende Abrede habe bis zum 1. September 2006 nicht bestanden. Es fehlten auch sonst Hinweise, welche auf die Ausserkraftsetzung oder faktische Nichtbeachtung des Vertrages schliessen lassen würden. Im Markt selber habe Denner keine Parallelimporte tätigen können. Importe aus Österreich fänden jedoch in bescheidenem Umfang über den Spezialfall Spar statt, welche indirekt importiere.

3.2.4 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 Gaba bis zum 1. September 2006 bestehende, schriftliche Vertrag erfüllt diesen Tatbestand zweifelsohne.

3.2.5 Gemäss Art. 4 Abs. 1 KG muss die Wettbewerbsabrede zudem eine Beschränkung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken. Die Beschwerdeführerin macht hierzu geltend, die Vorinstanz sei der Untersuchungsmaxime nicht nachgekommen, da sie nicht nachgewiesen habe, dass sie und Gaba im Sanktionszeitraum ein Passivverkaufsverbot im Sinne des Gesetzes bezweckt oder bewirkt hätten. Ohne diesen Nachweis fehle es an einer Abrede i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG. Das gelte auch dann, wenn Gaba irgendwann nach 2003 wieder ein Passivverkaufsverbot bezweckt haben sollte. In jedem Fall habe die Beschwerdeführerin aufgrund ihrer kontinuierlichen Exporttätigkeit seit 2003 kein solches mehr bewirkt, womit höchstens ein einseitiges Verhalten von Gaba, jedoch keine Abrede vorliege. Die Vorinstanz lässt sich hierzu nicht vernehmen.

3.2.6 Eine Wettbewerbsbeschränkung liegt vor, wenn Unternehmen aufgrund einer Abrede im Innen- oder Aussenwettbewerb hinsichtlich eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter (wie des Preises oder der 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 (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).

3.2.7 Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages vom 1. Februar 1982 sah vor, dass einerseits Gaba die Ausfuhr von Elmex rot nach Österreich sowie der direkte und indirekte Vertrieb von Elmex rot in Österreich untersagt war. Andererseits wurde festgelegt, dass die Beschwerdeführerin 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 oben ausgeführt, dass eine Beschränkung des Wettbewerbs bezweckt wurde, was in casu zu bejahen ist. Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages vom 1. Februar 1982 fällt demnach in den sachlichen Anwendungsbereich des Kartellgesetzes.

iii. ÖRTLICHER ANWENDUNGSBEREICH

3.3
Örtlich ist das Kartellgesetz auf alle Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland veranlasst wurden (sog. Auswirkungsprinzip; Art. 2 Abs. 2 KG). Wie im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-506/2010 vom 19. Dezember 2013 in E. 3.3.5 ff. und insbesondere E. 3.3.14 ausgeführt, ist das Kartellgesetz auch in örtlicher Hinsicht auf den vorliegenden Sachverhalt anwendbar.

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 des Rechts auf ein unabhängiges Gericht (E. 6) bzw. des Rechts auf ein gesetzmässiges Gericht (E. 7), sowie die Verletzung des Verschuldensprinzips. Bei letzterer Rüge handelt es sich allerdings um ein materielles Vorbringen, welches im Rahmen der materiellen Prüfung der Beschwerde zu untersuchen ist (vgl. E. 13.2). Auf die formellen Vorbringen wird nachfolgend im Einzelnen eingegangen.

4. Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs

4.
In formeller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin mehrere Verletzungen ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör. Die Vorinstanz hält die Vorbringen für unbegründet. Auf die Argumente der Verfahrensbeteiligten wird nachfolgend 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). Er 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 Kartellverwaltungsverfahren 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 bringt einerseits in ihrer Beschwerde unter dem Titel "Nichtwahrnehmung der Beweislast durch die WEKO" und andererseits in ihrer Replik unter dem Titel "Rechtliches Gehör" vor, das vorinstanzliche Verfahren sei von Beginn weg unrechtmässig gewesen. Die Untersuchung sei ihr gegenüber erst mit Zustellung des Verfügungsantrages vom 16. Dezember 2008 eröffnet worden. Sie sei im Rahmen der vorangehenden Auskunftsersuchen nie darauf hingewiesen worden, dass sie möglicherweise als Beschuldigte in Frage komme. Damit sei faktisch eine Anklage ohne vorherige Untersuchung ergangen. Hätte die Beschwerdeführerin dies vorgängig gewusst, hätte sie sich durch Mandatierung eines Rechtsvertreters besser verteidigen können. Es reiche nicht, dass sie ab Untersuchungseröffnung ihre Rechte habe wahren können, da das Ergeb-

nis durch den Verfügungsantrag bereits vorgespurt gewesen sei. Erfahrungsgemäss weiche die Vorinstanz nur mit grösster Zurückhaltung vom Antrag des Sekretariats ab. Die Beschwerdeführerin habe daher das Verfahren mit ihren Stellungnahmen nur noch in beschränktem Masse beeinflussen können. Dies sei auch hinsichtlich des Anspruchs auf ein faires Verfahren im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) problematisch.

4.1.2 Die Vorinstanz erwidert, erst im Laufe der Untersuchung gegen Gaba wegen möglicher Marktbeherrschung habe sich herausgestellt, dass eine unzulässige Wettbewerbsabrede zwischen der Beschwerdeführerin und Gaba vorliege. Der Antrag des Sekretariats sei der Beschwerdeführerin am 16. Dezember 2008 übermittelt worden. Die endgültige Verfügung habe sie rund ein Jahr später am 7. Dezember 2009 erhalten. Die Beschwerdeführerin habe ab Untersuchungseröffnung ihre Verteidigungsrechte voll wahren können. Würde man den Vergleich zum Strafrecht ziehen, hätte die Beschwerdeführerin auch erst ab Anklageerhebung das Recht gehabt, umfassend über die ihr gegenüber erhobenen Anschuldigungen in Kenntnis gesetzt zu werden. Dies sei in casu geschehen.

4.1.3 Zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen sieht das Kartellgesetz zwei kartellverwaltungsrechtliche Verfahrensformen vor: einerseits die Untersuchung (Art. 27 bis 30 KG) und andererseits als Vorstufe dazu die Vorabklärung (Art. 26 KG) im Sinne eines informellen "Nichtverfügungsverfahrens" (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4037/2007 "Maestro Interchange Fee" E. 6.1; Urteil des Bundesgerichts 2A.415/2003 vom 19. Dezember 2003 "Sellita Watch" E. 2.3.4). Gemäss Art. 27 Abs. 1 KG eröffnet das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Vorinstanz eine Untersuchung, wenn Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegen. Die Untersuchung nach den Art. 27 ff. KG soll im Sinne von Art. 1 Abs. 1 VwVG primär erlauben, die Auswirkungen vergangener bzw. gegenwärtiger Wettbewerbsbeschränkungen aufzuklären und soweit unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen zu unterbinden sind, entsprechende Verbotsverfügungen (bzw. einvernehmliche Regelungen nach Art. 29 KG) vorzubereiten, um den beeinträchtigen Wettbewerb wiederherzustellen, sowie gegebenenfalls die (vorliegenden bzw. vergangenen) Wettbewerbsbeschränkungen zu sanktionieren (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4037/2007 vom 29. Februar 2008 "Maestro Interchange Fee" E. 6.1

m.w.H.). Soweit die Wettbewerbskommission keine unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen zu beanstanden hat, ist die Untersuchung einzustellen (ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht. 2. Aufl., Bern 2005, Rn. 1000).

4.1.4 Vor Untersuchungseröffnung kann das Sekretariat eine Vorabklärung durchführen, entweder von Amtes wegen, auf Begehren von Beteiligten oder auf Anzeige von Dritten hin (Art. 26 Abs. 1 KG). Hinsichtlich beider Verfahren steht den Wettbewerbsbehörden – auch betreffend der Opportunität der Abklärungen – ein grosser Ermessens- und Beurteilungsspielraum zu. Die Vorabklärung hat "Triage"-Funktion; weder die an einem wettbewerbsbeschränkenden Verhalten oder an einer Absprache Beteiligten noch Dritte haben einen Anspruch darauf, dass das Sekretariat der Wettbewerbskommission tätig wird und eine Vorabklärung einleitet; der Entscheid darüber liegt in seinem pflichtgemässen Ermessen (BGE 135 II 60 "Maestro Interchange Fee" E. 3.1.2 m.w.H.). Im Verfahren der Vorabklärung besteht kein Akteneinsichtsrecht (Art. 26 Abs. 3 KG). Unternehmen, deren Verhalten Gegenstand einer Vorabklärung oder Untersuchung ist, unterliegen der Auskunftspflicht im Sinne von Art. 40 KG. Das Gesetz schreibt demnach nicht zwingend die Durchführung einer Vorabklärung vor, sondern erlaubt auch die direkte Eröffnung einer Untersuchung, wenn genügend Anhaltspunkte für eine unzulässige Beschränkung bestehen (vgl. auch CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK, in: BSK-KG, Art. 27 Rn. 48 f. m.w.H.)

4.1.5 Mit E-Mail vom 12. Oktober 2006 ersuchte die Vorinstanz die Beschwerdeführerin um Mitteilung des Grundes für die Nichtbelieferung der Anzeigerin. In ihrer Antwort vom 24. Oktober 2006 wies die Beschwerdeführerin darauf hin, dass solche Auskünfte nur auf formelle Anfrage hin erteilt würden. Am 12. April 2007 informierte das Sekretariat die Beschwerdeführerin darüber, dass gegen Gaba eine Untersuchung eröffnet worden sei, und dass die Akten aus der Vorabklärung in das Untersuchungsverfahren übernommen würden. Zudem wurde der Beschwerdeführerin Gelegenheit eingeräumt, Korrekturen und Ergänzungen zu ihren bisher eingereichten Unterlagen anzubringen. Mit Schreiben vom 9. April 2008 teilte das Sekretariat der Beschwerdeführerin den Gegenstand der Untersuchung gegen Gaba mit und stellte ihr einen Fragebogen zu. Die Antwort der Beschwerdeführerin ging am 13. Mai 2008 beim Sekretariat ein. Auf die Zusendung eines weiteren Fragebogens am 3. Oktober 2008 reagierte die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 20. Oktober 2008. Im Begleitschreiben zu den Fragebögen wurde die Beschwerdeführerin darauf hingewiesen, dass sich das Verfahren nicht gegen sie richte und sie daher nicht

verpflichtet sei, das Auskunftsbegehren zu beantworten. Am 16. Dezember 2008 stellte das Sekretariat der Beschwerdeführerin ihren Verfügungsentwurf zur Stellungnahme zu. Gleichzeitig wurde der Beschwerdeführerin mitgeteilt, dass im Einvernehmen mit einem Mitglied der Vorinstanz die Untersuchung auf sie erweitert worden sei. Die Beschwerdeführerin nahm mit Eingabe vom 30. April 2009 Stellung zum Antrag. Am 8. Juni 2009 wurde sie von der Vorinstanz angehört und reichte eine schriftliche Kopie ihrer Präsentation zu den Akten. Zum Protokoll der Anhörung nahm die Beschwerdeführerin schriftlich Stellung. An der Zeugeneinvernahme der Anzeigerin am 6. Juli 2009 erhielt die Beschwerdeführerin die Möglichkeit, der Anzeigerin Fragen zu stellen. Zudem wurde ihr das Protokoll der Einvernahme zugestellt mit der Aufforderung, sich zum Protokoll sowie zur Einvernahme selbst zu äussern. Schliesslich wurde die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 7. Juli 2009 ersucht, Stellung zu nehmen für den Fall der Widerlegung der Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs.

4.1.6 Nach dem eben gesagten kann nicht behauptet werden, die Beschwerdeführerin hätte ihre Verfahrensrechte nicht ausreichend wahren können. Wie bereits dargelegt, ist das Sekretariat nicht verpflichtet, vor Untersuchungseröffnung eine Vorabklärung durchzuführen. Wenn die Behörde über hinreichend Beweise für das Vorliegend von wettbewerbswidrigem Verhalten verfügt, kann sie ohne weiteres direkt eine Untersuchung gegen ein Unternehmen eröffnen (s. z.B. RPW 2002/1, S. 131 ff. "Submission Betonsanierung am Hauptgebäude der Schweizerischen Landesbibliothek SLB" Rn. 4). Auch kann sie Beweise gegen Unternehmen A, welche sie im Rahmen einer Untersuchung gegen Unternehmen B erlangt hat, verwenden, um eine Untersuchung gegen Unternehmen A zu eröffnen. In einem solchen Fall kann die Untersuchungseröffnung auch mit Zustellung des Verfügungsantrages erfolgen. Damit ergeht nicht – wie die Beschwerdeführerin behauptet – eine Anklage aus heiterem Himmel, zumal die Beschwerdeführerin aufgrund des Schreibens des Sekretariates vom 12. April 2007 von der Untersuchungseröffnung gegen Gaba wusste und auch den Untersuchungsgegenstand kannte. Im Gegenteil wurde der Sachverhalt betreffend die Beschwerdeführerin erst ab Untersuchungseröffnung vertieft durch das Sekretariat abgeklärt. Der Verfügungsantrag ist denn auch erst ein Vorschlag des Sekretariats, wie es den bisher erhobenen Sachverhalt zu würdigen gedenkt. Er ist für die Vorinstanz nicht verbindlich. Die Zustellung des Antrags zur Stellungnahme dient vor allem der Wahrung des rechtlichen Gehörs. Dass ein Teil des Sachverhaltes bereits in einer Vorabklärung gegen Gaba erhoben wurde, ändert nichts an der Zulässigkeit des Vorgehens der Vorinstanz. Zentral ist, dass die Verfahrensrechte der

Beschwerdeführerin voll gewahrt werden – was in casu geschehen ist. Bevor eine förmliche Untersuchung gegen die Beschwerdeführerin eröffnet wurde, wurde sie lediglich um die Beantwortung von zwei Fragebögen ersucht, beide Male mit dem Hinweis, dass für sie keine Auskunftspflicht bestehe. Auch bestanden aus verfahrensrechtlicher Sicht keine Gründe, vor Untersuchungseröffnung eine Vorabklärung durchzuführen. Da das Sekretariat offensichtlich über hinreichende Anhaltspunkte zur Eröffnung einer Untersuchung verfügte, hätte eine Vorabklärung zu einer unnötigen Verzögerung des Verfahrens geführt, was nicht im Interesse der Beschwerdeführerin gelegen hätte. Des Weiteren war die Beschwerdeführerin durch die Zustellung des Verfügungsantrages und die gleichzeitige Untersuchungseröffnung in der Lage, sich gezielter zu verteidigen: das Sekretariat hatte den Fall vollumfänglich offen gelegt und die Beschwerdeführerin konnte sich unter Kenntnis sämtlicher Fakten vollständig verteidigen. Damit herrschte relativ früh im Verfahren Rechtssicherheit für die Beschwerdeführerin hinsichtlich der ihr gegenüber erhobenen Vorwürfe. Ausserdem konnte die Beschwerdeführerin ihre Verfahrensrechte erst durch die Untersuchungseröffnung voll wahren, da – wie erwähnt – im Verfahren der Vorabklärung kein Akteneinsichtsrecht besteht. Auch unter diesem Gesichtspunkt war es zielführender und lag auch im Interesse der Beschwerdeführerin, auf die Durchführung einer Vorabklärung zu verzichten. Dass die Beschwerdeführerin in der Lage war, ihre Verfahrensrechte im vorinstanzlichen Verfahren umfassend zu wahren, zeigt sich im Übrigen auch an ihren umfangreichen Eingaben. Sofern die Beschwerdeführerin pauschal vorbringt, sie habe das Verfahren mit ihren Stellungnahmen nur noch in beschränktem Masse beeinflussen können, da die Lösung durch den Verfügungsantrag bereits vorgespurt gewesen sei und die Vorinstanz erfahrungsgemäss nur mit grösster Zurückhaltung vom Antrag des Sekretariats abweiche, ist sie nicht zu hören. Insofern stellt das Bundesverwaltungsgericht erneut fest, dass die WEKO an den Verfügungsentwurf des Sekretariats nicht gebunden ist (siehe Urteil des Bundesgerichts 2A.430/2006 vom 6. Februar 2007 "Sammelrevers" E. 7.1). Im Übrigen mutet es widersprüchlich an, wenn die Beschwerdeführerin einerseits im Rahmen der Rüge zur Gehörsverletzung vorträgt, die Vorinstanz weiche so gut wie nie vom Verfügungsantrag des Sekretariates ab, und andererseits eine Gehörsverletzung geltend macht, weil die Vorinstanz erheblich vom Verfügungsantrag abgewichen sei.

4.2

4.2.1 Die Beschwerdeführerin macht eine Verletzung des Gehörsanspruchs geltend, weil sie zum überarbeiteten Verfügungsentwurf der Vorinstanz nicht habe Stellung nehmen können. So habe die Vorinstanz die Kapitel "Erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung" und "Rechtfertigungsgründe" neu eingefügt. Zudem seien die Ausführungen der Beschwerdeführerin in ihren Stellungnahmen vom 30. April 2009 bzw. 24. August 2009 betreffend die Existenz von Rechtfertigungsgründen und zur Widerlegung des Vorliegens einer erheblichen Wettbewerbsbeschränkung mit neuen Argumenten zurückgewiesen worden. Schliesslich sei auch die Berücksichtigung der Exporttätigkeiten mit einer neuen Begründung abgelehnt worden.

4.2.2 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 vom 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 ergänzte 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.

4.2.3 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.

4.2.4 In casu erhielt die Beschwerdeführerin den Verfügungsantrag mit Schreiben vom 16. Dezember 2008. Sie nahm dazu am 30. April 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. Dies tat sie mit Eingabe vom 24. August 2009. 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, allfälligen Rechtfertigungsgründen sowie der behaupteten regen Exporttätigkeit äussern (vgl. Folien 2-4, 6 und 10 der Präsentation der Beschwerdeführerin an der Anhörung vom 8. Juni

2009, act. 352; Stellungnahme vom 24. August 2006 S. 2-12 sowie 18-22, act. 388). 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. Insbesondere kann keine Verletzung darin erblickt werden, dass die Vorinstanz neue Vorbringen der Beschwerdeführerin nicht mit denselben Argumenten widerlegt, mit denen sie auf die bisherigen Vorbringen eingegangen ist. Es liegt in der Natur der Sache, dass neue Beweise und Argumente einzeln geprüft werden und mitunter aus anderen Gründen berücksichtigt bzw. nicht berücksichtigt werden als bereits angebotene Beweise. Jedenfalls macht die Beschwerdeführerin zu Recht nicht geltend, die Vorinstanz habe sich auf nachträglich eingetretene oder der Beschwerdeführerin unbekannte 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.

4.3

Die Beschwerdeführerin rügt im Zusammenhang mit der behaupteten Verletzung ihres Anspruches auf rechtliches Gehörs eine Verletzung ihres Akteneinsichtsrechtsrechts. 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 beweiserheblichen 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. Anderer-

seits 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/BERTSCHI, a.a.O., S. 193 f.).

4.3.1 Die Verletzung ihres Rechts auf Akteneinsicht sieht die Beschwerdeführerin darin, dass die von der Anzeigerin zwischen September und November 2009 eingereichten Eingaben ihr nicht zur Stellungnahme zugestellt worden seien, obwohl die Vorinstanz in Rn. 21 und 58 der angefochtenen Verfügung darauf Bezug genommen habe. Zudem verwundere es, dass die Anzeigerin ohne Verfahrenspartei zu sein Eingaben tätigen könne, welche Berücksichtigung fänden.

4.3.2 Die Vorinstanz hält einleitend fest, dass das Anhörungsrecht der Parteien bis zum Abschluss des Schriftenwechsels bzw. der verwaltungs-be-

hördlichen 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 entscheidrelevant 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 rechtsgenüglich dokumentieren können. Aus den Eingaben hätten keine relevanten Erkenntnisse abgeleitet werden können, weswegen sie keinen Einfluss auf den Entscheidfindungsprozess gehabt hätten.

4.3.3 Einleitend ist zu untersuchen, ob die Anzeigerin trotz fehlender Parteistellung zu Recht Eingaben einreichen durfte. Der einschlägige Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG besagt, dass Personen, welche aufgrund der Wettbewerbsbeschränkung in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert sind, ihre Beteiligung an der Untersuchung dieser Beschränkung anmelden können. Abs. 2 bestimmt, dass bei Gruppen von mehr als fünf Personen mit gleichen Interessen das Sekretariat die gemeinsame Vertretung verlangen kann. Zudem kann es die Beteiligung auf eine Anhörung beschränken. Zu den Beteiligten zählen die aktuellen Konkurrenten, die sich auf dem Markt bewegen, auf dem sich die Wettbewerbsbeschränkung auswirkt. Art. 43 KG unterscheidet zwischen Dritten mit Parteistellung und Dritten ohne dieselbe. Daraus folgt allerdings nicht, dass nur Dritte mit Parteistellung Eingaben tätigen können. Die Differenzierung führt nur dazu, dass die Beteiligung von Dritten ohne Parteistellung auf eine Anhörung beschränkt werden *kann* (Art. 43 Abs. 2 KG), was im Einzelfall zu prüfen ist.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Beteiligung Dritter nicht nur in deren Interesse liegt, sondern auch wesentlich zur Klärung des rechtserheblichen Sachverhalts beiträgt und damit die Qualität der Entscheide erhöht. Daneben dient die Ordnung des Art. 43 KG einem effizienten Verfahren. Das zeigt sich insbesondere in der abschliessenden Umschreibung des Kreises der Beteiligungsberechtigten, dem Anmeldeerfordernis für die Beteiligung (Art. 43 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 28 Abs. 2 KG) sowie der Möglichkeit, eine gemeinsame Vertretung zu verlangen und die Beteiligungsrechte auf eine Anhörung zu beschränken (Art. 43 Abs. 2 KG). Art. 43 KG stimmt demnach das Interesse der unter Umständen zahlreichen Dritten an der Mitwirkung auf die Erfordernisse eines rechtmässigen und effizienten Verfahrens ab (Urteil des Bundesgerichts 2C_1054/2012 vom 5. Juni 2013 "Ticketcorner/Hallenstadion" E. 4.2 f. m.w.H.). Dabei lässt die Norm dem Sekretariat einen grossen Ermessensspielraum. Sie besagt lediglich, dass Dritte ihre Beteiligung anmelden können und statuiert keine Pflicht des Sekretariats, sie nach erfolgter Anmeldung als Beteiligte anzuerkennen. Die Möglichkeit der Anmeldung ist auch mit ein Grund, warum in Art. 28 KG die amtliche Publikation für die Bekanntgabe der Untersuchungseröffnung vorgeschrieben wird. Gemäss Art. 43 Abs. 2 KG kann das Sekretariat die Beteiligung bei Dritten, welche keine Parteistellung im Untersuchungsverfahren haben, auf eine Anhörung beschränken. Allerdings kann es solchen Dritten auch erlauben, im Verlauf des Verfahrens Eingaben zu tätigen. Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG verlangt lediglich, dass die Dritten durch die Wettbewerbsbeschränkung betroffen sind, und statuiert somit einen weiten Kreis der Teilnahmeberechtigten. Ob die Voraussetzungen für eine Beteiligung vorliegen, ist vom Sekretariat im Einzelfall zu prüfen. In casu hat Denner am 30. November 2005 eine 8-seitige Anzeige inkl. 25 Beilagen gegen Gaba eingereicht. Darin moniert sie zum einen die Nichtbelieferung von Elmex rot durch Gaba. Zum anderen führt sie aus, dass Parallelimporte aus Österreich nicht möglich seien und vermutlich durch Gaba verhindert würden. Gestützt darauf machte sie geltend, sie erleide Umsatz- bzw. Ertrags- sowie Imageschäden. Die Anzeigerin hat ihre Betroffenheit damit hinreichend substantiiert. Somit durfte das Sekretariat der Vorinstanz die Betroffenheit der Anzeigerin annehmen und ihr als Drittbeteiligte i.S.v. Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG das Einreichen von Akten im Untersuchungsverfahren gestatten.

4.3.4 In einem weiteren Schritt ist das Vorbringen der Beschwerdeführerin zu prüfen, es liege eine Gehörsverletzung vor, weil die von der Anzeigerin zwischen September und November 2009 eingereichten Eingaben ihr nicht zur Stellungnahme zugestellt worden seien, obwohl die Vorinstanz in Rn. 21 und 58 der angefochtenen Verfügung darauf Bezug genommen habe.

Aus der Verfahrensgeschichte erhellt, dass der Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 4. September 2009 letztmals Akten sowie ein Aktenverzeichnis zugestellt wurden. 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 sowie vom 6. November 2009 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 EMRK 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.

4.3.5 Die Beschwerdeführerin macht allgemein zur Heilung formeller Fehler durch das Bundesverwaltungsgericht geltend, diese komme per se nicht in Frage. Zwar verfüge das Gericht de iure über die volle Kognition nach Art. 49 VwVG. De facto übe es diese volle Kognition aber nicht aus oder sei dazu aufgrund beschränkter personeller Ressourcen für Beweiserhebungen nicht in der Lage.

4.3.6 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 Sach-

verhalts 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 Behauptung, eine Heilung formeller Mängel durch das Bundesverwaltungsgerichts sei per se wegen angeblich de facto nie ausgeübter Kognition nicht möglich, ist folgendes festzuhalten: Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin hatte sich bereits im "Swisscom"-Fall in gleicher Weise geäussert. Das Bundesverwaltungsgericht hat im Urteil umfassend dargelegt, dass es Rügen im Lichte der Anforderungen der EMRK zu überprüfen und allenfalls auch Verletzungen formellen Rechts zu heilen vermag. Es kann auf die entsprechenden Ausführungen verwiesen werden (vgl. BVGE 2011/32 E. 5.6; siehe auch BGE 139 I 72 "Publigroupe" E. 4.4 f.). Zudem hat das Bundesgericht in seinem jüngsten Urteil bestätigt, dass das Bundesverwaltungsgericht seine Kognition voll ausübt (vgl. BGE 139 I 72 "Publigroupe" E. 4.6). Eine Heilung der Gehörsverletzung durch das Bundesverwaltungsgericht ist demnach grundsätzlich möglich.

4.3.7 Im Rahmen einer Heilung im vorliegenden Fall ist zu berücksichtigen, dass im Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht der Beschwerdeführerin Einsicht in alle Verfahrensakten gewährt und ein zweifacher Schriftenwechsel durchgeführt wurde. Damit konnte die Beschwerdeführerin ihren Standpunkt umfassend darlegen und sich insbesondere zweimal zu den besagten Eingaben der Anzeigerin äussern. Zudem ist davon auszugehen, dass die Vorinstanz bei einer Rückweisung und nochmaligen Anhörung der Beschwerdeführerin zu den fünf Eingaben 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. Dies bestätigt indirekt auch die Beschwerdeführerin, wenn sie vorträgt, auf die Eingaben werde nur in Rn. 21 (Kapitel "Relevanter Sachverhalt") und Rn. 58 (Kapitel "Verfahren") der angefochtenen Verfügung Bezug genommen, aber keine Bezugnahme auf die Unterlagen im materiellen Teil nennt. 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. 15).

4.4

4.4.1 Die Beschwerdeführerin bringt schliesslich unter dem Titel "Verletzung der Unschuldsvermutung" vor, die Vorinstanz habe nicht rechtsgenüglich nachgewiesen, dass keine Rechtfertigungsgründe für die unterstellte erhebliche Wettbewerbsabrede bestünden und sich nicht mit den Vorbringen der Beschwerdeführerin auseinandergesetzt. Im Gegenteil kanzle die Vorinstanz die Ausführungen der Beschwerdeführerin in den Stellungnahmen vom 30. April 2009 und vom 24. August 2009 (act. 336 und 388) zur Existenz von Rechtfertigungsgründen in einer einzigen Randziffer auf einer halben Seite ab. Solche unfundierten Bestreitungen bilden nach Ansicht der Beschwerdeführerin keinen Beweis. Das Bundesverwaltungsgericht stellt hierzu fest, dass diese Rüge nicht die Unschuldsvermutung betrifft, sondern vielmehr die Frage, ob die Vorinstanz die Parteivorbringen unter Wahrung des rechtlichen Gehörs korrekt geprüft hat, was nachfolgend zu untersuchen ist.

4.4.2 Die Vorinstanz verweist auf den im Verwaltungsverfahren geltenden Grundsatz der freien Beweiswürdigung, wonach die Behörde frei darüber

zu entscheiden habe, ob ein Beweis erbracht worden sei. Angebotene Beweise seien abzunehmen, wenn sie für die Ermittlung des rechtserheblichen Sachverhaltes relevant seien. Im wettbewerbsrechtlichen Kontext seien allerdings gemäss Rechtsprechung keine überspannten Anforderungen an das Beweismass zu stellen (BVGE 2009/35 "Swisscom Bitstrom" E. 7.4). Die Vorinstanz habe den Sachverhalt aufgrund ihrer eigenen Überzeugung zu beurteilen, welche auf ihrer eigenen Sachkunde und der praktischen Vernunft zu gründen habe. Dies sei in casu geschehen, weswegen keine Verletzung der Untersuchungsmaxime vorliege.

4.4.3 Wie ausgeführt, betrifft die vorliegende Rüge den Bereich des rechtlichen Gehörs. Demnach ist zu untersuchen, ob die von der Beschwerdeführerin im vorinstanzlichen Verfahren vorgetragenen Argumente zu allfälligen Rechtfertigungsgründen unter Wahrung des Gehörsanspruchs nach den Grundsätzen von Art. 29 ff. VwVG und insbesondere Art. 32 Abs. 1 und 35 Abs. 1 VwVG geprüft wurden. 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 entscheidwesentlichen Fragen, aus welchen Gründen auch immer, keine Stellung, so ist das rechtliche Gehör verletzt und die Streitsache ist 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.).

4.4.4 Die Beschwerdeführerin hat im vorinstanzlichen Verfahren in ihren Stellungnahmen vom 30. April 2009 und vom 24. August 2009 (act. 336 und 388) die folgenden Rechtfertigungsgründe für Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages genannt: (i) Kapazitätsengpässe in der Produktion und im Lagerbestand hätten dazu geführt, dass sie keine neuen Kunden hätte beliefern können (act. 336 S. 20-26, 50-52 sowie act. 388 S. 4-10); (ii) Aufgrund der regulatorischen Importbeschränkungen hätte Rechtsunsicherheit bezüglich Exporte aus Österreich in die Schweiz bestanden (act. 336 S. 56); (iii) Aus Gründen der Produktionsplanung müsse die Beschwerdeführerin wissen, welche Mengen zu welchen Konditionen an welchen Abnehmer zu

liefern seien. Da die Anzeigerin ihre angebliche Lieferanfrage nicht direkt an die Beschwerdeführerin gerichtet habe, sei eine effiziente Produktionsplanung und daher eine Belieferung der Anzeigerin nicht möglich gewesen (act. 388 S. 10 f.). (iv) Parallelimporte aus Österreich in die Schweiz würden die Effizienz des Marketing in Österreich und in der Schweiz beeinträchtigen. Das Marketing in Österreich für Elmex rot werde im Umfang der Parallelimporte überflüssig. Gleiches gelte für das Marketing von Gaba in der Schweiz. (v) Da die Beschwerdeführerin über einen Marktanteil von weniger als 30% verfüge und Ziff. 3.2 kein Passivverkaufsverbot enthalte, sei die Norm gemäss Ziff. 15 Abs. 2 VertBek 07 gerechtfertigt.

4.4.5 In Rn. 323 der angefochtenen Verfügung setzt sich die Vorinstanz mit diesen Vorbringen auseinander. Zu (i) den Kapazitätsengpässen stellt sie fest, ein Vertreter der Beschwerdeführerin selbst habe anlässlich der Anhörung vom 8. Juni 2009 bestätigt, dass diese nur vorübergehend vorgelegen hätten, und dass die von der Anzeigerin gewünschte Menge zu einem späteren Zeitpunkt hätte geliefert werden können. Zu (ii) verweist die Vorinstanz auf ihre Ausführungen zu den regulatorischen Importbeschränkungen in Rn. 115 ff. der angefochtenen Verfügung. Sowohl die dort genannten Argumente als auch die Tatsache, dass eine Unternehmung mit Wissen und Willen der Beschwerdeführerin Elmex rot in die Schweiz importiere, entkräfte diesen Rechtfertigungsgrund. (iii) Zum dritten Punkt hält die Vorinstanz fest, eine effiziente Produktionsplanung richte sich nach der erwarteten Nachfrage, zu der auch Parallelimporte zählen könnten. Jedenfalls erfordere eine solche Planung keinen absoluten Gebietsschutz. (iv) Selbst wenn das behauptete Trittbrettfahrerproblem vorliegen würde, wäre eine harte Kartellabrede in Form eines absoluten Gebietsschutzes nicht das mildeste Mittel dagegen. Das zeige sich auch aufgrund der zwischen den Parteien für die Periode nach dem 1. September 2006 vereinbarten Kompensationszahlungen, die ein milderes Mittel darstellten. Zum fünften Punkt äusserte sich die Vorinstanz im Rahmen der Untersuchung der Rechtfertigungsgründe nicht.

4.4.6 Wie die vorangehenden Ausführungen zeigen, hat sich die Vorinstanz nicht darauf beschränkt, die Argumente der Beschwerdeführerin "abzukanzeln". Vielmehr hat sie unter Rückgriff auf verschiedene Akten (darunter auch auf solche, die von der Beschwerdeführerin eingereicht wurden) sowie auf die im vorinstanzlichen Verfahren ermittelten Erkenntnissen Punkt für Punkt dargelegt, warum sie die vorgebrachten Rechtfertigungsgründe für nicht stichhaltig hält. Insbesondere kann nicht gesagt wer-

den, die Vorinstanz habe sich ungenügend mit den Argumenten in den Stellungnahmen vom 30. April 2009 und vom 24. August 2009 (act. 339 und 388) auseinandergesetzt. Sie hat jedes Argument aufgegriffen und widerlegt. Aus der Tatsache, dass die Vorinstanz dies auf einer halben Seite tat, kann nicht abgeleitet werden, sie habe das rechtliche Gehör verletzt. Wichtig ist, dass die Vorinstanz sich mit jedem Argument einmal auseinandersetzt. Wenn die Beschwerdeführerin Rechtfertigungsgründe in ihren Stellungnahmen wiederholt vorträgt bzw. in einer einzigen Stellungnahme mehrfach anführt, ist dem Anspruch des rechtlichen Gehörs Genüge getan, wenn die Vorinstanz auf jedes Argument einmal eingeht. Dies hat sie in Rn. 323 der angefochtenen Verfügung getan. Zum letzten von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Rechtfertigungsgrund betreffend ihre Marktanteile ist folgendes festzuhalten: Die Vorinstanz ist im Laufe des Verfahrens zum Schluss gelangt, es liege eine den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Gebietszuweisung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 KG vor. Wie aus Ziff. 15 Abs. 2 der VertBek 07 hervorgeht, gilt nach der Praxis der Vorinstanz eine den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abrede ohne Einzelprüfung als gerechtfertigt, wenn der Marktanteil des Lieferanten 30% auf dem relevanten Markt nicht überschreitet. Dies gilt allerdings nur, wenn keine Abrede im Sinne der Ziff. 12 VertBek 07 vorliegt, was auch von der Beschwerdeführerin selbst vorgetragen wird. Die in Ziff. 12 VertBek 07 genannten Abreden gelten aufgrund ihres Gegenstandes als erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung. Dazu gehören auch direkte oder indirekte Beschränkungen des geografischen Absatzgebietes für den Weiterverkauf (Ziff. 12 Bst. b VertBek 07). Wenn also die Vorinstanz zum Schluss gelangt ist, dass Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages eine Abrede nach Ziff. 12 VertBek 07 darstellt, ist ein Rechtfertigung aufgrund der Marktanteile nach der Praxis der Vorinstanz nicht mehr möglich. Die Vorinstanz musste sich demnach mit diesem Rechtfertigungsgrund an dieser Stelle nicht mehr auseinandersetzen, da sie bereits in Rn. 317 der angefochtenen Verfügung zum Schluss gelangt war, es liege eine den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abrede vor. Die Beschwerdeführerin vermag mit ihrer Rüge demnach nicht durchzudringen.

4.5 Damit ist erstellt, dass alle Rügen der Beschwerdeführerin betreffend die Verletzung des rechtlichen Gehörs, vorbehaltlich des in E. 4.3.7 Ausgeführten, zurückzuweisen sind.

5. RÜGE DER VERLETZUNG DES UNTERSUCHUNGSGRUNDSATZES

5. Die Beschwerdeführerin rügt unter dem Titel "Verletzung der Unschuldsvermutung", dass die Vorinstanz sowohl die ihr obliegende Beweisführungslast nicht wahrgenommen als auch das erforderliche Beweismass nicht erfüllt habe. Die Vorinstanz habe den Sachverhalt nicht rechtsgenüglich abgeklärt. Da es hier um die Beurteilung einer strafrechtlichen Anklage gehe, genüge nur das strikte Beweismass des Beweises "über jeden vernünftigen Zweifel". Das Bundesverwaltungsgericht stellt hierzu fest, dass die Beschwerdeführerin die Untersuchungsmaxime und den Grundsatz der Unschuldsvermutung vermischt. Die von ihr vorgebrachten Rügen betreffen die Frage, ob die Vorinstanz den Sachverhalt rechtsgenüglich abgeklärt hat, also ob im vorinstanzlichen Verfahren die Untersuchungsmaxime gewahrt worden ist.

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 Verwaltungsverfahrensrecht 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; gleich 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 EMMENEGGER, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 13 Rn. 32 ff.).

5.1

5.1.1 Die Beschwerdeführerin moniert erstens, die Vorinstanz habe nicht nachgewiesen, dass sie im Sanktionszeitraum ein Passivverkaufsverbot bezweckt oder bewirkt habe. Hingegen habe die Beschwerdeführerin mit Urkunden belegt, dass sie mit Gaba weder ein Aktiv- noch ein Passivverkaufsverbot und auch keine Behinderung von Parallelimporten bewirkt oder bezweckt habe. Dies belegten die Lieferungen an Spar. Die relevanten Beweisstücke seien von der Vorinstanz durchwegs unterschlagen worden. Zudem habe die Vorinstanz in willkürlicher Weise angenommen, dass keine Beweise für die Ausserkraftsetzung oder faktische Nichtbeachtung des Vertrages vorlägen. Ausserdem habe eine Lieferanfrage von Denner bei der Beschwerdeführerin nicht nachgewiesen werden können.

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 (BVGE 2009/35 "Swisscom Bitstrom" E. 7.4). Im Kartellrecht genüge daher der Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit und nicht, wie die Beschwerdeführerin behaupte, der Grad des Vollbeweises. Der Erfolg einer wirksamen absoluten Gebietsschutzabrede 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 selbst trägt die Vorinstanz vor, die Behauptung, der Lizenzvertrag sei nicht gelebt worden,

widerspreche dem Grundsatz pacta sunt servanda. Bezüglich Spar verweist die Vorinstanz auf die angefochtene Verfügung. Zum fehlenden Nachweis eines Importversuches der Anzeigerin hält die Vorinstanz fest, ausschlaggebend für die Beurteilung der Frage, ob eine absolute Gebietsschutzabrede vorliege, sei der Wortlaut des Lizenzvertrages und seien nicht allfällige Importversuche der Anzeigerin. Schliesslich trägt sie vor, die Behauptung, dass nicht einmal ein Aktivverkaufsverbot gelebt worden sei, widerspreche diametral den im Recht liegenden Beweisen, insbesondere dem ab dem 1. September 2006 geltenden Distribution Agreement.

5.1.3 Das Bundesverwaltungsgericht hat bereits unter E. 3.2.7 festgestellt, dass Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages eine Abrede nach Art. 4 Abs. 1 KG darstellt, welche eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt. Bei der vorliegenden Rüge ist darüber hinaus zu prüfen, ob die Vorinstanz die Vertragswirklichkeit rechtsgenüglich abgeklärt hat. Nicht zu untersuchen ist im Rahmen der formellen Beurteilung der Beschwerde, ob der Lizenzvertrag zwischen den Parteien tatsächlich gelebt wurde. Dieser materiellen Frage ist unten an entsprechender Stelle nachzugehen (E. 8).

5.1.4 Die Beschwerdeführerin trägt im Wesentlichen vor, die Lieferungen an Spar würden belegen, dass der Lizenzvertrag nicht gelebt worden sei. Die Vorinstanz habe den Untersuchungsgrundsatz verletzt, da sie die Beweise zu den Lieferungen an Spar durchwegs unterschlagen habe. Dieses Vorbringen ist nicht nachvollziehbar. Bereits in Rn. 19 der angefochtenen Verfügung wird mit Verweis auf die von der Beschwerdeführerin ins Recht gelegten Urkunden ausgeführt: "Eine schweizerische Unternehmung, die Spar Management AG (nachfolgend: Spar) importiert mit Wissen und Willen der Parteien seit 2003 Gaba Produkte indirekt aus der Produktion von Gebro aus Österreich parallel in die Schweiz". Weitere Berücksichtigung finden die von der Beschwerdeführerin und Gaba eingereichten Unterlagen zu den Importen von Spar in Rn. 60, 63 f., 90 und 106 der angefochtenen Verfügung. Nicht nur hat die Vorinstanz die Beweise nicht unterschlagen. Sie ist in Rn. 107 und 216 der angefochtenen Verfügung auch auf das Argument der Beschwerdeführerin eingegangen, die Importe von Spar würden zeigen, dass der Vertrag nicht gelebt worden sei. Dabei hat sie umfassend dargelegt, warum sie die Importe von Spar als Spezialfall ansieht. Mit diesem Vorgehen hat sie weder willkürlich gehandelt noch kann gesagt werden, sie habe Akten unterschlagen. Vielmehr hat die Vorinstanz mit ihrem Vorgehen den Untersuchungsgrundsatz gewahrt. Daran ändert das Vorbringen nichts, eine Lieferanfrage von Denner bei der Beschwerdefüh-

rerin habe nicht nachgewiesen werden können. Die Vorinstanz hat die Umstände der Lieferanfrage untersucht und in Rn. 120 der angefochtenen Verfügung festgehalten: "Tatsächlich konnte im Beweisverfahren eine direkte oder indirekte Lieferanfrage bei Gebro für Denner nicht erstellt werden." Damit hat sie den Untersuchungsgrundsatz gewahrt. Die Fragen, ob die fehlende Lieferanfrage durch die Vorinstanz korrekt gewürdigt wurde, sowie ob die Vorinstanz in willkürlicher Weise angenommen hat, es lägen keine Beweise für die Ausserkraftsetzung des Lizenzvertrages vor, sind im Rahmen der materiellen Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zu untersuchen (vgl. E. 8).

5.2

5.2.1 Die Beschwerdeführerin macht sodann geltend, in der angefochtenen Verfügung fehle der Beweis für das behauptete Vorliegen einer erheblichen Wettbewerbsbeschränkung völlig. Die Vorinstanz habe es unterlassen, die Erheblichkeit des Passivverkaufsverbots im Sanktionszeitraum zu prüfen. Sie erwähne stattdessen die Preissenkungen von Coop im Jahr 2009, die mit dem vorliegenden Sachverhalt nichts zu tun hätten. Die Vorinstanz verweist auf die angefochtene Verfügung.

5.2.2 Auf den Seiten 62 ff. der angefochtenen Verfügung behandelt die Vorinstanz unter B.3.4 die Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung. Dabei berücksichtigt sie sowohl qualitative als auch quantitative Kriterien. Die qualitative Erheblichkeit der Abrede wurde bejaht, da es sich bei Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages um eine absolute Gebietsschutzklausel handle. In quantitativer Hinsicht hat die Vorinstanz untersucht, welche potentiellen Auswirkungen durch Parallelimporte zu erwarten seien. Dies weil Sinn und Zweck einer Klausel wie Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages darin lägen, dass keine Parallelexporte vorgenommen würden. In dieser Hinsicht hat sie die Markstellung von Elmex rot, die Marktanteile sowohl von Gaba als auch von Elmex rot, das Preisgefälle zwischen der Schweiz und Österreich sowie den feststellbare Effekt im Markt durch den Verkauf von Elmex rot bei Denner nach 2009 analysiert. Somit hat die Vorinstanz nicht nur die Erheblichkeit umfangreich untersucht. Sie hat sich dabei auf verschiedene Elemente gestützt und sich nicht darauf beschränkt, die Preissenkungen von Coop im Jahr 2009 heranzuziehen. Damit wurde der Untersuchungsgrundsatz gewahrt. Ob die Prüfung der Erheblichkeit in materieller Hinsicht korrekt war, wird im Rahmen der materiellen Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zu untersuchen sein (vgl. E. 11).

6. Rüge der Verletzung des Rechts auf ein unabhängiges Gericht

6.

6.1 In formeller Hinsicht trägt die Beschwerdeführerin weiter vor, ihr Anspruch auf ein unabhängiges Gericht im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK sei verletzt, weil es in der Vorinstanz an einer klaren Trennung zwischen Untersuchungs- und Entscheidbehörde fehle. Diese sei bereits deswegen kein unabhängiges Gericht, weil ihr auch Vertreter wirtschaftlicher Interessengruppen angehörten. Eine Heilung dieser Rechtsverletzung durch das Bundesverwaltungsgericht sei ausgeschlossen. Zwar verfüge das Gericht de iure über die volle Kognition nach Art. 49 VwVG. De facto übe es diese volle Kognition aber nicht aus oder sei dazu aufgrund beschränkter personeller Ressourcen zu Beweiserhebungen nicht in der Lage. Eine Heilung komme auch deswegen nicht in Frage, weil es sich um eine schwerwiegende Verletzung von Verfahrensrechten handle, und weil die Heilung die Ausnahme bleiben müsse. Das treffe im Kartellrecht nie zu, da sich die Vorinstanz darauf verlasse, dass der Mangel ihrer fehlenden richterlichen Unabhängigkeit systematisch vor Bundesverwaltungsgericht geheilt werden könne.

6.2 Die Vorinstanz hält mit Verweis auf das Urteil BVGE 2011/32 "Swisscom" fest, es bestehe kein Anspruch darauf, dass eine Sanktionierung bereits erstinstanzlich von einem Gericht im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK beurteilt werde. Es reiche aus, wenn eine Sanktionsverfügung durch eine gerichtliche Instanz mit voller Kognition überprüft werde. Das Bundesverwaltungsgericht stelle unbestrittenermassen ein organisatorisch-funktionell "unabhängiges und unparteiisches, auf Gesetz beruhendes Gericht" im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK dar. Darüber hinaus übe das Bundesverwaltungsgericht seine Kognition im Sinne der Rechtsprechung aus, so dass die Anforderungen nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK im Kartellverfahren grundsätzlich gewährleistet seien.

6.3 Nach ständiger Rechtsprechung, der sich auch das Bundesgericht angeschlossen hat, sind die Verfahrensgarantien der EMRK 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 Menarini-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 einen "strafrechtlichen bzw. strafrechtsähnlichen Charakter" haben (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.

6.4 Nach höchster europäischer Rechtsprechung genügt es zur Wahrung der Ansprüche aus Art. 6 EMRK, dass im gesamten Verfahren mindestens ein Gericht entscheidet, welches über die volle Kognition in Rechts- und Tatsachenfragen verfügt. Dabei können die verfahrensrechtlichen Anforderungen der EMRK auch erst im Verwaltungsgerichtsverfahren erfüllt werden (EGMR, Urteil *Menarini/Italien* vom 27. September 2011, Beschwerde-Nr. 43509/08, noch nicht veröffentlicht, Rn. 57 ff.; siehe auch Urteil des EFTA-Gerichtshofes E-15/10, *Posten Norge*, EFTA Ct. Report [2012] S. 246, Rn. 100). Zwar entspricht das Sanktionsverfahren der Vorinstanz nicht den verfahrensrechtlichen Anforderungen der EMRK. Da diese allerdings nicht bereits im Verwaltungsverfahren erfüllt sein müssen, sondern es genügt, dass eine Rechtsmittelinstanz die angefochtene Entscheidung in voller Ausübung der Kognition in Rechts- und Tatsachenfragen überprüfen kann, ist der Anspruch der Beschwerdeführerin auf ein unabhängiges Gericht nicht verletzt, wenn das Bundesverwaltungsgericht seine Kognition in Rechts- und Tatsachenfragen voll ausübt. Dass es dazu nicht nur in der Lage ist, sondern die Kognition auch tatsächlich voll ausübt, wurde bereits

unter E. 4.3.5 ausgeführt. Der Anspruch der Beschwerdeführerin auf Beurteilung durch ein unabhängiges Gericht ist somit nicht verletzt.

7. Rüge der Verletzung des Rechts auf ein gesetzmässiges Gericht

7.

7.1 Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung ihres Rechts auf Beurteilung durch ein gesetzmässiges Gericht, weil die am Entscheid mitwirkenden Mitglieder der Vorinstanz weder in der angefochtenen Verfügung selbst noch in anderer Weise bekannt gegeben worden seien, obwohl Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK eine Bekanntmachung erforderten. Zudem hätten an der Anhörung der Beschwerdeführerin vom 8. Juni 2009 zwei Mitglieder der Vorinstanz nicht teilgenommen. Unter der Annahme, dass diese an der Sanktionsverfügung mitgewirkt hätten, sei der Anspruch auf ein gesetzmässiges Gericht verletzt. Eine Heilung komme, wie die Beschwerdeführerin bereits an anderer Stelle mit Hinweis auf die fehlende Kognition des Bundesverwaltungsgerichts vorgetragen hat, nicht in Frage (vgl. oben E. 4.3.5 und 6.1). Replicando macht die Beschwerdeführerin geltend, es sei irrelevant, dass ihr die an der Anhörung vom 8. Juni 2009 anwesenden Mitglieder bekannt gewesen seien. Auch die Nennung der Mitglieder auf der Homepage der Vorinstanz genüge nicht. Da es im vorliegenden Fall um eine strafrechtliche Anklage gehe, hätte die Beschwerdeführerin wissen müssen, welche Mitglieder tatsächlich am Entscheid mitgewirkt hätten, bzw. es hätten keine Mitglieder mitwirken dürfen, welche nicht an der Anhörung teilgenommen hätten.

7.2 Die Vorinstanz hält dem entgegen, anlässlich der Anhörung vom 8. Juni 2009 seien die an- und abwesenden Mitglieder der Vorinstanz namentlich genannt worden. Darüber hinaus seien die Zusammensetzung der Vorinstanz und allfällig bestehende Interessenbindungen öffentlich bekannt und auf der Homepage der Vorinstanz abrufbar. Der Vorwurf, zwei Mitglieder der Vorinstanz hätten an der Anhörung der Beschwerdeführerin nicht teilgenommen und trotzdem am Entscheid mitgewirkt, sei dahingehend zu relativieren, dass die Vorinstanz gemäss ihrem Geschäftsreglement beschlussfähig sei, wenn die Hälfte der Mitglieder anwesend und mehr als die Hälfte der Anwesenden unabhängige Sachverständige seien. Schliesslich verweist die Vorinstanz auf die Urteile des Bundesverwaltungsgerichts in Sachen "Swisscom" und "Publigroupe" (BVGE 2011/32 bzw. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2977/2007 vom 27. April 2010).

7.3 Bei dieser Rüge sind zwei Argumente auseinanderzuhalten: die Beschwerdeführerin bringt einerseits vor, die an der Entscheidung mitwirkenden Mitglieder der Vorinstanz hätten an der Anhörung vom 8. Juni 2009 anwesend sein müssen. Andererseits moniert sie, ihr sei die konkrete Zusammensetzung der Vorinstanz im vorliegenden Verfahren nicht bekannt gewesen.

7.3.1 Zum ersten Argument ist auf die Ausführungen unter E. 6.4 zu verweisen. Wie das Bundesverwaltungsgericht an dieser Stelle festgehalten hat, erfüllt zwar das Sanktionsverfahren der Vorinstanz die verfahrensrechtlichen Anforderungen der EMRK nicht. Allerdings müssen gemäss höchstrichterlicher europäischer Rechtsprechung die Anforderungen von Art. 6 EMRK nicht bereits im Verwaltungsverfahren erfüllt sein. Es genügt den Anforderungen von Art. 6 EMRK, dass die Rechtsmittelinstanz die angefochtene Entscheidung in voller Ausübung der Kognition in Rechts- und Tatsachenfragen überprüft. Dass das Bundesverwaltungsgericht als Rechtsmittelinstanz dazu nicht nur in der Lage ist, sondern die Kognition auch tatsächlich voll ausübt, wurde bereits unter E. 4.3.5 ausgeführt. Somit besteht in Bezug auf den ersten Punkt keine Verletzung des Anspruches auf ein gesetzmässiges Gericht.

7.3.2 Der zweite Teil der Rüge betrifft die Bekanntgabe der Zusammensetzung der Vorinstanz. Diese Frage hängt eng mit der Frage des Ausstandes zusammen. Nur wenn den Parteien die am Entscheid mitwirkenden Personen bekannt sind, sind sie in der Lage, allfällige Ausstandsgründe zu erkennen und geltend zu machen. Daher muss eine Behörde grundsätzlich möglichst früh ihre Zusammensetzung bekannt geben. Dies kann 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.).

7.3.3 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. 1bis des Geschäftsreglements der Wettbewerbskommission vom 1. Juli 1996 [GR-WEKO, SR 251.1]). Die Mitglieder der Vorinstanz legen ihre Interessen in einem Interessenbindungsregister offen (Art. 18 Abs. 2bis 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).

7.3.4 Demnach sind nicht nur die Mitglieder der Vorinstanz bekannt, auch ihre Interessenbindungen – welche allenfalls zum Ausstand führen könnten – sind öffentlich. Angesichts des Geschäftsreglements der Vorinstanz musste die Beschwerdeführerin damit rechnen, dass mindestens die Hälfte der Mitglieder am Entscheid mitwirken würden. Ihr hätte es freigestanden, jederzeit eine Anfrage an die Vorinstanz zu ihrer Zusammensetzung im vorliegenden Fall zu richten. Da die Zusammensetzung der Beschwerdeführerin als bekannt vorauszusetzen ist, kann auch in diesem Punkt keine Verletzung der beschwerdeführerischen Verfahrensrechte erblickt werden.

7.4 Das Bundesverwaltungsgericht kommt daher zum Schluss, dass der Anspruch der Beschwerdeführerin auf ein gesetzmässiges Gericht nicht verletzt wurde.

Zwischenfazit: keine Verletzung formeller Rechte

Das Bundesverwaltungsgericht stellt nach dem bisher Gesagten fest, dass die Beschwerdeführerin, vorbehaltlich des in E. 4.3.7 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 Qualifizierung von Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages als Passivverkaufsverbot (E. 8), die Begründung der Widerlegung der gesetzlichen Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung (E. 10), die Analyse der Erheblichkeit der Wettbewerbsbeschränkung (E. 11), die Nichtberücksichtigung von Rechtfertigungsgründen (E. 12) sowie die Sanktionsbemessung (E. 13).

8. ANALYSE DER VERTRAGSWIRKLICHKEIT

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

> [1] 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.
>
> [2] 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.
>
> [3] 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.
>
> [4] 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 Vorinstanz hat Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages als Gebietsabrede i.S.v. Art. 5 Abs. 4 KG qualifiziert. Wie das Bundesverwaltungsgericht im Parallelverfahren zum vorliegenden Fall festgestellt hat, ist diese Qualifikation korrekt (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-506/2010 vom 19. Dezember 2013 E. 8). Die Beschwerdeführerin macht hierzu geltend, Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages stelle kein Passivverkaufsverbot dar, da der Vertrag zwischen den Parteien nie gelebt worden sei, was sich durch zahlreiche Tatsachen belegen lasse. Im nachfolgenden wird auf die einzelnen Vorbringen eingegangen.

i. PARALLELIMPORTE VON SPAR

8.1

8.1.1 Die Beschwerdeführerin führt zur Natur von Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages aus, zahlreiche Exporte in die Schweiz würden belegen, dass die Klausel zwischen den Parteien nie gelebt worden sei. Spar Schweiz importiere mit Wissen und Willen der Beschwerdeführerin und von Gaba seit Jahren Elmex rot in die Schweiz. Diese Importe erfolgten über […] als Zwischenhändlerin. Sämtliche Unterlagen zu diesen Importen seien von der Vorinstanz unterschlagen worden. Auch die im Jahr 2008 zwischen der Beschwerdeführerin und […] vereinbarte Langzeit-Lieferantenerklärung zeige, dass die Beschwerdeführerin nie daran gedacht habe, Parallellieferungen zu behindern. Die Vorinstanz liege falsch, wenn sie die Importe von Spar als Spezialfall darstelle. Insbesondere aus folgenden Gründen sei dies nicht zutreffend: (i) Der Umstand, dass Spar Schweiz und […], hätte keine Auswirkungen auf die Importe gehabt. Insbesondere hätte das die Beschwerdeführerin nicht daran gehindert, Importe zu verhindern, wenn sie es gewollt hätte; (ii) Das Argument, wonach eine Einschränkung des Weiterverkaufs gegenüber […] als bedeutendem Kunden schwierig durchzusetzen gewesen wäre, stelle eine unbelegte Behauptung dar. Die Beschwerdeführerin habe wissentlich und willentlich an Spar Schweiz exportiert und zu keinem Zeitpunkt versucht, die Exporte zu behindern; (iii) An diesen Ausführungen ändere auch der Umstand nichts, dass die Lieferungen an Spar Schweiz indirekte Exporte darstellten. Gaba habe auf Anfrage von Spar Schweiz eine Parallellieferung über die Beschwerdeführerin empfohlen. (iv) Aufgrund der lizenzvertraglichen Marktversorgungspflicht bezüglich des österreichischen Marktes sei die Beschwerdeführerin gerade nicht verpflichtet gewesen, Lieferungen in die Schweiz zu tätigen, da sich diese Pflicht nur auf Lieferungen auf dem österreichischen Markt bezogen habe. Obwohl die Beschwerdeführerin gewusst habe, dass ein Teil der an […] gelieferten Mengen in die Schweiz exportiert würden, habe sie weiterhin an […] geliefert, und zwar nicht aufgrund der Marktversorgungspflicht.

(v) Auch das Argument, die Parallellieferungen an Spar Schweiz seien deshalb erfolgt, weil die Beschwerdeführerin die Jahresvereinbarungen mit […] nicht habe verletzen wollen, sei aus der Luft gegriffen. Die Beschwerdeführerin hätte nach Ablauf jedes Kalenderjahres die Liefermengen um die ihr bekannten Exportmengen verringern oder gar keine Vereinbarung mehr abschliessen können. Die Tatsache, dass die Beschwerdeführerin dies nicht getan habe, zeige, dass sie niemals Lieferungen in die Schweiz behindert habe. Die Vorinstanz verweist hierzu auf die angefochtene Verfügung.

8.1.2 In Rn. 107 der angefochtenen Verfügung wird zu den Importen von Spar folgendes festgestellt: (i) Spar Schweiz sei Lizenznehmerin von Spar International und bilde einen Spezialfall, da sie über […] parallel importieren könne. Die gleiche Möglichkeit stehe anderen Schweizer Detailhandelsunternehmen nicht offen, da Spar Schweiz einerseits indirekt zur Spar Österreich-Gruppe gehöre und andererseits einem Franchisesystem angeschlossen sei. (ii) […] sei ein bedeutender Kunde von Gaba-Produkten aus der Produktion der Beschwerdeführerin. Gegenüber wichtigen Kunden sei eine Einschränkung des Weiterverkaufs an einen bestimmten Abnehmer, der zur selben Gruppe gehöre, schwierig durchzusetzen. (iii) Bei den von den Parteien geltend gemachten Parallelimporten von Spar Schweiz über […] handle es sich um indirekte Lieferungen. Die Beschwerdeführerin habe gemäss eigenen Angaben nie Vertragsprodukte direkt an Spar Schweiz geliefert. (iv) Die Belieferung von […] durch die Beschwerdeführerin lasse sich auf die vertragliche Marktversorgungspflicht der Beschwerdeführerin zurückführen. Der Umstand, dass es der Beschwerdeführerin einerseits vertraglich untersagt gewesen sei, Vertragsprodukte zu exportieren, und dass sie sich andererseits in Jahresvereinbarungen mit ihren österreichischen Abnehmern zur Belieferung mit Vertragsprodukten verpflichtet hätte, habe sie zwangsläufig dazu veranlasst, eine Interessensabwägung vorzunehmen: bei Exporten von Vertragsprodukten wie auch bei Nichteinhaltung der Jahresvereinbarungen hätte die Beschwerdeführerin nämlich eine Verletzung des Lizenzvertrages bzw. der Jahresvereinbarungen begangen.

8.1.3 Das Bundesverwaltungsgericht ist bereits oben zum Schluss gelangt, dass die Vorinstanz die von der Beschwerdeführerin genannten Akten nicht unterschlagen, sondern im Gegenteil diese ausführlich in der angefochtenen Verfügung dargestellt und gewürdigt hat (vgl. E. 5.1.3). Wie ferner aus den vorinstanzlichen Akten hervorgeht, importiert Spar Schweiz seit 2003 Elmex rot aus Österreich. Diese Exporte erfolgen über […], unbestrittener-

massen einer der grössten Kunden von Gaba Produkten der Beschwerdeführerin. Vertraglich besteht für die Beschwerdeführerin eine Marktversorgungspflicht für ihre österreichischen Kunden. Zudem existieren zwischen der Beschwerdeführerin und ihren österreichischen Kunden Jahresvereinbarungen, in denen für jedes Jahr die Liefermengen für jede Abnehmerin festgelegt werden. Zu Recht nahm die Vorinstanz gestützt auf diese Tatsachen an, dass sowohl Gaba als auch die Beschwerdeführerin kaum in der Lage waren, die Lieferanfrage von Spar Schweiz abzulehnen, ohne ihre Vertragsbeziehungen zu […] zu gefährden. Daran ändern auch die weiteren Argumente der Beschwerdeführerin nichts. Insbesondere die ins Recht gelegte Langzeit-Liefervereinbarung kann nicht als Beweis dafür dienen, dass die Beschwerdeführerin Parallelimporte gefördert hat. Wie die Beschwerdeführerin nämlich selbst vorträgt, ist der Abschluss dieser Vereinbarung von […] ausgegangen – einem der wichtigsten Kunden der Beschwerdeführerin. Auch das Argument, die Beschwerdeführerin habe gegenüber Spar nicht versucht, Parallelimporte zu verhindern, ist kein Beleg für ein fehlendes Passivverkaufsverbot. Vielmehr zeigen sowohl dieser Punkt als auch der Abschluss der Langzeit-Lieferantenerklärung, dass […] als bedeutender Kunde der Beschwerdeführerin eine starke Verhandlungsposition innehatte, und dass insbesondere eine Lieferverweigerung diesem Unternehmen sowie Spar Schweiz gegenüber nicht hätte durchgesetzt werden können. Schliesslich kann der Beschwerdeführerin nicht gefolgt werden, wenn sie behauptet, die fehlenden direkten Lieferungen seien irrelevant, weil Gaba auf Anfrage von Spar Schweiz eine Parallellieferung über die Beschwerdeführerin empfohlen habe. Denn mit Ausnahme der indirekten Exporte an Spar Schweiz konnte die Vorinstanz keine grenzüberschreitenden Lieferungen in die Schweiz feststellen. Insbesondere gab es im untersuchungsrelevanten Zeitraum keine *direkten* Lieferungen aus Österreich in die Schweiz. Die einzigen indirekten Lieferungen erfolgten über einen der grössten Kunden der Beschwerdeführerin, gegenüber dem eine Lieferverweigerung nicht durchzusetzen gewesen wäre.

8.1.4 Demnach hat die Vorinstanz zu Recht angenommen, dass die Importe durch Spar Schweiz einen Spezialfall darstellen, und dass sie nichts an der Qualifizierung der Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages als Passivverkaufsverbot ändern.

ii. Weitere Exporttätigkeiten

8.2

8.2.1 Zur Frage, ob Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages zwischen den Parteien gelebt worden ist, bringt die Beschwerdeführerin weiter vor, im untersuchungsrelevanten Zeitraum hätten auch Exporte nach […] stattgefunden. In […] direkt beliefert worden. Über […] seien in erheblichem Umfang indirekte Lieferungen nach […] erfolgt. Selbst wenn diese quantitativ vernachlässigbar seien, zeigten sie, dass die Beschwerdeführerin sich an kein Exportverbot gehalten habe. Auch die über […] erfolgten indirekten Lieferungen nach […] würden als Beleg hierfür dienen. Die Behauptung der Vorinstanz, angesichts des mit diesen Unternehmen generierten Umsatzes in Höhe von rund […] sei eine Lieferverweigerung nicht möglich gewesen, gehe an der Realität vorbei. Die Exporte würden belegen, dass Parallellieferungen stattgefunden hätten und auch von der Beschwerdeführerin gefördert worden seien. Dies zeige sich nicht zuletzt an der Langzeit-Lieferantenerklärung gegenüber […]. Die Vorinstanz verweist auf die angefochtene Verfügung.

8.2.2 Aus Rn. 108 der angefochtenen Verfügung geht hervor, dass die Beschwerdeführerin bereits im vorinstanzlichen Verfahren vorgetragen hatte, sie würde Elmex rot direkt an […] liefern, und über […] Elmex rot indirekt nach […] exportieren. Die Vorinstanz stellt hierzu in Rn. 109 der angefochtenen Verfügung fest, während fünf Jahren seien […] verkauft worden. […], was die Vermutung nahe lege, dass […] nicht in kommerzieller Weise und systematisch an Endkunden verkauft würden. Zu den indirekten Exporten nach […] stellt die Vorinstanz fest, dass die Beschwerdeführerin laut ihren eigenen Angaben mit diesen Unternehmen rund […] ihres Umsatzes mit Gaba-Produkten generiere und daher eine Nichtbelieferung aus betriebswirtschaftlichen Gründen keine Option gewesen wäre. Im Übrigen würden die von der Beschwerdeführerin zu diesen Exporten eingereichten Unterlagen nicht den untersuchungsrelevanten Zeitraum betreffen und könnten somit nicht als Beleg für Exporte in diesem Zeitraum dienen.

8.2.3 Wie aus Beilage 11 der Beschwerdeführerin hervorgeht, wurden in den Jahren […] geliefert. Insgesamt wurden in dieser Periode […] geliefert. […] hat die Vorinstanz zu Recht angenommen, es handle sich kaum um einen kommerziellen Verkauf an Endkunden. […] kann demnach nicht als Beweis dafür dienen, dass Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages zwischen der Beschwerdeführerin und Gaba nicht gelebt wurde.

8.2.4 Darüber hinaus macht die Beschwerdeführerin vor dem Bundesverwaltungsgericht neu geltend, die Vertragsprodukte würden seit Jahren über […]. Als Beweis für diese Exporte verlangt die Beschwerdeführerin, […] sei

vom Bundesverwaltungsgericht als Zeuge einzuvernehmen. Dokumente über allfällige Lieferungen reicht sie nicht ein. Ob diese Behauptung als Novum aus dem Recht zu weisen ist, kann aufgrund der nachfolgenden Ausführungen offen bleiben.

8.2.5 Das Bundesverwaltungsgericht stellt gemäss Art. 12 VwVG den Sachverhalt von Amtes wegen fest. Nötigenfalls, d.h. wenn es der Auffassung ist, der Sachverhalt sei ungenügend abgeklärt, kann es sich der in Art. 12 VwVG genannten Beweismittel bedienen. Die Sachverhaltsermittlung von Amtes wegen erfährt ihre Einschränkung durch die in Art. 13 VwVG statuierte Mitwirkungspflicht. Beschwerde führende Personen haben dem Bundesverwaltungsgericht alle zur Ermittlung des relevanten Sachverhaltes notwendigen Beweismittel zu übermitteln. Dies gilt insbesondere für Unterlagen, in dessen Besitz nur die beschwerdeführende Partei ist. Lässt sich ein Sachverhalt auf andere Weise nicht hinreichend abklären, kann das Bundesverwaltungsgericht die Einvernahme von Zeugen anordnen (Art. 14 Abs. 1 Bst. c VwVG). Als Zeugen gelten am Verfahren nicht beteiligte Dritte, also Personen, die kein schutzwürdiges Interesse am Verfahrensausgang haben. Parteien können nur als Auskunftspersonen gemäss Art. 12 Bst. b VwVG befragt, nicht aber als Zeugen einvernommen werden. Die Anhörung der Parteien erfolgt grundsätzlich im Rahmen des Schriftenwechsels. Ein Anspruch auf mündliche Stellungnahme besteht vor Bundesverwaltungsgericht nicht (Art. 57 Abs. 2 VwVG). Auch ein Anspruch auf mündliche Verhandlung kann gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung grundsätzlich weder aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) noch aus dem Grundsatz der Öffentlichkeit von Gerichtsverhandlungen (Art. 30 Abs. 3 BV) abgeleitet werden. Einzig aus Art. 6 Ziff. 1 EMRK ergibt sich ein Anspruch auf mündliche Verhandlung (siehe BGE 130 II 425 E. 2.1 sowie Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-956/2013 vom 17. Juli 2013 E. 3.4.2, beide m.w.H.).

8.2.6 Nach dem eben Ausgeführten ist eine Zeugeneinvernahme […] ausgeschlossen. Ferner stellt das Bundesverwaltungsgericht fest, dass die Beschwerdeführerin es unterlassen hat, die angeblichen Exporte […] auf irgendeine Art zu belegen. Sie hat im vorliegenden Verfahren weder […] oder sonstige Beweise eingereicht. Auch der geltend gemachte Austausch zwischen der Beschwerdeführerin […] wird von der Beschwerdeführerin durch keine Unterlagen dargelegt. Nachdem eine Einvernahme […] nicht möglich ist und die Beschwerdeführerin auf eine mündliche Stellungnahme anlässlich einer Verhandlung verzichtet hat, sind ihre Behauptungen zu den Exporten […] als unbelegt zurückzuweisen.

8.2.7 Schliesslich bringt die Beschwerdeführerin vor Bundesverwaltungsgericht vor, es seien in erheblichem Masse indirekte Exporte nach […]. Als Beweis hierfür reicht sie eine Aufstellung ihrer Umsätze mit Vertragsprodukten im Zeitraum 2004-2008 sowie die zwischen ihr und […] abgeschlossene Langzeit-Lieferantenerklärung ein. Ferner beantragt sie die Einvernahme […]. Wie das Bundesverwaltungsgericht bereits in der vorangehenden Erwägung festgehalten hat, ist eine solche Einvernahme ausgeschlossen. Zu den anderen beiden Unterlagen ist folgendes festzustellen: Aus der Aufstellung der Umsätze der Beschwerdeführerin für den Zeitraum 2004-2008 lässt sich zwar […] erkennen. Allerdings geht aus dem Dokument nicht hervor, welches Produkt konkret betroffen ist. Es findet sich lediglich der Hinweis […]. Ob dies alle Produkte von Gaba umfasst […] oder nur Elmex rot, ist nicht ersichtlich. Ferner finden sich im Dokument keine Angaben über Exporte nach […]. Es werden lediglich die Umsatzzahlen angeführt, welche die Beschwerdeführerin mit ihren jeweiligen Abnehmern erzielt hat. Ein solches Dokument kann nicht als Beleg für Exporte nach […] dienen. Dies trifft auch auf die Langzeit-Lieferantenerklärung zwischen der Beschwerdeführerin und […] zu. Denn zum einen betrifft diese, wie die Vorinstanz zu Recht ausführt, den Zeitraum 2007 bis 2009 und somit nicht den untersuchungsrelevanten Zeitraum. Zum anderen kann eine Vereinbarung zwischen der Beschwerdeführerin und […] nicht als Beweis für Lieferungen an […] dienen, sind diese Unternehmen doch gar nicht von der Langzeit-Lieferantenerklärung betroffen. Schliesslich ist festzuhalten, dass es sich bei diesen behaupteten Lieferungen um indirekte Exporte handelt. Belege für direkte Exporte bestehen nicht.

8.2.8 Das Bundesverwaltungsgericht gelangt demnach zum Schluss, dass die Vorinstanz die Ausführungen der Beschwerdeführerin zu den Exporten nach […] zu Recht unberücksichtigt gelassen hat.

iii. Fehlende Lieferanfrage von Denner

8.3

8.3.1 Einen weiteren Beleg dafür, dass der Vertrag nicht gelebt worden sei, erblickt die Beschwerdeführerin in der fehlenden Lieferanfrage der Anzeigerin. Die Vorinstanz stütze ihre These eines Passivverkaufsverbotes einzig auf die Behauptung, dass die Anzeigerin im November 2005 über eine

Zwischenhändlerin eine indirekte Lieferanfrage bei der Beschwerdeführerin gestellt und die Beschwerdeführerin diese zurückgewiesen habe. Weitere angebliche erfolglose Lieferanfragen hätten nicht bewiesen werden können. Auch sei nicht erstellt, dass die Beschwerdeführerin je eine direkte oder indirekte Lieferanfrage der Anzeigerin erhalten oder zurückgewiesen hätte. Damit sei der Beweis, dass die Vertragsparteien des Lizenzvertrages ein Passivverkaufsverbot praktiziert hätten, gescheitert.

8.3.2 Die Vorinstanz entgegnet, der Importversuch der Anzeigerin habe zwar den Anstoss für das vorliegende Verfahren gegeben. Er sei aber nicht alleine ausschlaggebend für die Beurteilung der Frage gewesen, ob eine absolute Gebietsschutzabrede vorgelegen habe oder nicht. Der Wortlaut des passiven Verkaufsverbots habe sich nämlich auf sämtliche Exporte der Beschwerdeführerin bezogen.

8.3.3 Wie aus Rn. 1 der angefochtenen Verfügung hervorgeht, hat Denner bei der Vorinstanz eine Anzeige eingereicht und geltend gemacht, es sei ihr nicht gelungen, Elmex rot von Gaba oder der Beschwerdeführerin zu erwerben. Gestützt auf die Anzeige eröffnete das Sekretariat am 10. Mai 2006 eine Vorabklärung. Wie aus Rn. 7 der angefochtenen Verfügung hervorgeht, ergaben sich basierend auf Informationen der Anzeigerin, von Gaba sowie von den befragten Marktteilnehmern Anhaltspunkte für das Vorliegen mehrere unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen. Daraufhin eröffnete das Sekretariat eine Untersuchung gegen Gaba, in deren Rahmen sie u.a. Auskünfte einholte von Verbänden, Detailhändlern, Konsumentenschutzorganisationen, Apotheken, Drogerien, Zahnpasta-Herstellern, dem Schweizerischen Heilmittelinstitut Swissmedic, dem Bundesamt für Gesundheit, der Colgate-Palmolive-Gruppe, von verschiedenen Zahnärzten, sowie von der Beschwerdeführerin und Gaba. Ausgangspunkt der Analyse der Vorinstanz war insbesondere der Wortlaut von Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages, wonach es der Beschwerdeführerin untersagt war, direkt noch indirekt Exporte aus Österreich vorzunehmen. In der Folge hat die Vorinstanz– wie erwähnt – umfangreiche Befragungen der Marktteilnehmer sowie Marktanalysen vorgenommen. Demnach kann nicht gesagt werden, die Vorinstanz habe ihre These eines Passivverkaufsverbotes einzig auf die Behauptung der Anzeigerin zum erfolglosen Lieferversuch abgestützt. Sodann dient die Tatsache, dass keine Lieferanfrage der Anzeigerin nachgewiesen werden konnte, nicht als Beweis dafür, dass kein Passivverkaufsverbot existierte. Entscheidend für die Beantwortung dieser Frage sind mehrere Faktoren, so u.a. der Wortlaut des Lizenzvertrages von 1982, die Häufigkeit von direkten oder indirekten Parallellieferungen in die

Schweiz und das Arbitragepotential. Demnach kann nicht, wie die Beschwerdeführerin vorträgt, gesagt werden, der Beweis, dass die Vertragsparteien des Lizenzvertrages ein Passivverkaufsverbot praktiziert hätten, sei gescheitert.

iv. Analyse des Kausalzusammenhangs

8.4

8.4.1 Die Beschwerdeführerin macht schliesslich geltend, dass die spärlichen Parallellieferungen nicht auf das angebliche Passivverkaufsverbot zurückzuführen seien, sondern auf Gründe, die sich ihrem Einfluss entziehen würden. So hätten die potentiellen Schweizer Abnehmer gemäss eigenen Angaben nie ein Interesse an Parallelimporten gehabt. Das zeige sich auch daran, dass zwar im Anschluss an die Publikation der angefochtenen Verfügung Lieferanfragen bei der Beschwerdeführerin eingegangen seien, dass aber in der Zwischenzeit alle Betreffenden ihr Interesse an Parallelimporten wieder verloren hätten. Daher könne das auf der unterschiedlichen Kaufkraft basierende divergierende Preisniveau zwischen der Schweiz und Österreich nicht der Beschwerdeführerin und Gaba angelastet werden. Nebst den von den Detailhändlern genannten Gründen für den Importverzicht bestünden überdies regulatorische Hindernisse, wie aus der angefochtenen Verfügung erhelle. Da das angebliche Passivverkaufsverbot nicht ursächlich für die spärlichen Importe gewesen sei, könne nicht behauptet werden, es sei gelebt worden. Die Beschwerdeführerin moniert überdies, dass die Vorinstanz bei der Beantwortung der Frage, ob Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages gelebt worden sei, auf den falschen Zeitpunkt abstelle. Der Umstand, dass drei Jahre nach dem untersuchungsrelevanten Zeitraum Lieferanfragen bei der Beschwerdeführerin eingegangen seien, lasse keine Rückschlüsse auf die Zeit vor 2006 zu. Wie nämlich die Vorinstanz selbst festgestellt habe, habe nach 2006 auf jeden Fall kein Passivverkaufsverbot bestanden. Auch die Preissenkungen von Coop im Jahr 2009 seien kein Beweis für das Vorliegen eines Passivverkaufsverbotes. Insbesondere bestehe kein Kausalzusammenhang zwischen dem Preisrutsch bei Coop und der Belieferung der Anzeigerin. Auch sei es tatsachenwidrig von einem "Preisrutsch im Markt" zu sprechen wenn ausschliesslich Coop die Preise gesenkt habe. Die Preissenkungen von Coop seien der Beweis für einen funktionierenden Intrabrand-Wettbewerb und nicht für das Vorliegen eines Passivverkaufsverbotes. Schliesslich sei der Wegfall von Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages nicht kausal gewesen für die Belieferung der Anzeigerin durch Gaba. Dabei handle es sich um eine Binnenlieferung, die auch von einem Passivverkaufsverbot nicht tangiert worden wäre.

8.4.2 Die Vorinstanz entgegnet, seit Erlass der angefochtenen Verfügung hätten etliche Schweizer Detailhändler bei der Beschwerdeführerin Anfragen getätigt. Dies sei in einem Umfang geschehen, dass die Mengen gemäss der Beschwerdeführerin nicht für alle Anfragen hätten bereitgestellt werden können. Ausserdem könne nicht ausgeschlossen werden, dass die

übrigen Schweizer Detailhändler aufgrund des mangelnden Intrabrand-Wettbewerbs kein Interesse an Parallelimporten gehabt hätten. Zu den Preissenkungen von Coop trägt die Vorinstanz vor, mit der Verfügbarkeit von Elmex rot bei der Anzeigerin sei die kritische Schwelle an Verkaufspunkten erreicht worden. Dieser Effekt wäre früher eingetreten, hätten Denner oder andere Schweizer Händler erfolgreich importieren können. Darüber hinaus verweist die Vorinstanz auf die angefochtene Verfügung. 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 der Beschwerdeführerin gehe hervor, dass […], welche einen Parallelimport unattraktiv gemacht hätten. Daraus sei zudem ersichtlich, dass Spar Schweiz Gaba-Produkte zu attraktiven Konditionen 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 der Beschwerdeführerin geschlossen hatte, lasse nicht auf ein mangelndes Interesse Ersterer schliessen. […] Ausserdem stehe nicht fest, dass Schweizer Detailhändler in Zukunft Gaba-Produkte nicht direkt bei der Beschwerdeführerin beziehen würden. Im Gegenteil erscheine es wahrscheinlicher, dass die Konkurrenten der Anzeigerin infolge des intensiveren Intrabrand-Wettbewerbs um Elmex rot seit deren Belieferung vermehrt Interesse an Parallelimporten zeigen würden, um attraktive Einstandspreise zu erhalten.

8.4.3 In Rn. 107 ff. der angefochtenen Verfügung wird der Kausalzusammenhang zwischen Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages und den mangelnden Parallelimporten untersucht. Einleitend wird dargelegt, warum die Vorinstanz die Importe von Spar als Spezialfall ansieht. Wie das Bundesverwaltungsgericht oben festgestellt hat, ist ihre diesbezügliche Argumentation nicht zu beanstanden (vgl. E. 8.1.3 f.). Sodann wird in Rn. 112 ff. der angefochtenen Verfügung untersucht, ob die Nichtbelieferung der Anzeigerin auf andere Gründe zurückzuführen ist, wie z.B. das Schweizer Heilmittelrecht oder mangelndes Interesse der Marktteilnehmer. 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. Zudem hat die Vorinstanz die Reaktionen auf dem Markt beobachtet im Anschluss an die Belieferung der Anzeigerin mit Elmex rot. Dabei hat sie festgestellt, dass Coop zweimal (2009 und 2010) den Preis für Elmex rot kurze Zeit nach Denner gesenkt hat, und zwar auf das Preisniveau von Denner. Aufgrund der zeitlichen Nähe der Preissenkungen sowie der Tatsache, dass Coop die Preise für Elmex rot genau den Preisen der Anzeigerin anpasste, sah die Vorinstanz den Kausalzusammenhang

zwischen dem Lizenzvertrag und der Wettbewerbsbeschränkung als gegeben an. Auch diese Argumentation erscheint dem Bundesverwaltungsgericht schlüssig. Die Vorbringen der Beschwerdeführerin vermögen daran wie nachfolgend dargelegt wird nichts zu ändern.

8.4.4 Erstens steht die Behauptung, die Schweizer Abnehmer hätten nach 2009 das Interesse an Parallelimporten verloren, im Widerspruch zu den Angaben in der Beilage der Vernehmlassung "Status Anfragen Schweiz Gebro Pharma" sowie zu den Beilagen 1 und 2 der Replik. Aus diesen Dokumenten geht hervor, dass […] ab 2009 bei der Beschwerdeführerin ihr Interesse an Importen bekundet haben. Mit […] kam kein Vertragsschluss zustande, weil […]. Angesichts dieser Vorgänge kann nicht, wie die Beschwerdeführerin behauptet, von einem Binnensachverhalt gesprochen werden, der mit Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages keinen Zusammenhang hat. Überdies belegen die Ausführungen, dass Schweizer Detailhändler Interesse an Parallelimporten hatten. Diesbezüglich ist auch das Vorbringen zurückzuweisen, die Vorinstanz habe durch Berücksichtigung der Anfragen auf den falschen Zeitpunkt abgestellt, da diese drei Jahre nach dem untersuchungsrelevanten Zeitraum bei der Beschwerdeführerin eingegangen seien und daher keine Rückschlüsse auf die Zeit vor 2006 zuliessen. Vielmehr zeigen die Anfragen im Jahr 2009, dass ab dem Moment, in dem im Schweizer Markt die Möglichkeit von Parallelimporten bekannt wurde, zahlreiche Unternehmen ihr Interesse an solchen Importen bekundeten, dass also ein Interesse an Parallelimporten bestand. Zweitens kann auch der Behauptung, Parallelimporte seien aufgrund regulatorischer Hindernisse und nicht wegen Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages unterbunden gewesen, nicht gefolgt werden. Wie vom Bundesamt für Gesundheit in seiner Antwort vom 6. Juni 2008 auf ein Auskunftsbegehren der Vorinstanz hin dargelegt, bestanden zwar regulatorische Einschränkungen im untersuchungsrelevanten Zeitraum (vgl. act. 222: siehe auch Rn. 115 ff. der angefochtenen Verfügung). Diese waren aber für sich alleine nicht ursächlich für die Einschränkung von Importen. Das belegt zum einen die Tatsache, dass im Lebensmittelrecht 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 Bundesgerichtsentscheid in Sachen Colgate Dentagard bestätigt (Urteil des Bundesgerichts 2A.213/2006 "Colgate/Dentagard" vom 19. Oktober 2006). 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 Heilanpreisungen parallel importiert wurden obwohl regulatorische Barrieren bestanden. Das 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. Schliesslich vermag die Beschwerdeführerin auch mit ihrer Behauptung, die Preissenkungen von Coop in den Jahren 2009 und 2010 seien nicht auf den Wegfall von Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages zurückzuführen, nicht durchzudringen. 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 Denner im Februar 2010 den Preis für Elmex rot auf CHF 3.75 reduzierte. Dies geschah, obwohl Gaba per 1. April 2008 den Abgabepreis ihrer Produkte für den Schweizer Markt erhöhte (vgl. Rn. 237 der angefochtenen Verfügung). Zwar senkte Coop im Rahmen eines Strategiewechsels die Preise von über 600 Markenartikeln. Allerdings war Elmex rot von dieser Reduktion nicht betroffen. Sonach ist es – wie die Vorinstanz zu Recht angenommen hat – naheliegend, dass die Preisreduktionen von Coop auf die Handlungen der Anzeigerin zurückzuführen sind. Die Importe der Anzeigerin, welche zur Reduktion der Preise bei Coop führten, waren erst nach dem Wegfall von Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages möglich. Daher erscheint dem Bundesverwaltungsgericht ein Zusammenhang zwischen den beiden Vorgängen als schlüssig. Schliesslich kann nicht behauptet werden, es habe durch die Preisreduktionen von Coop keinen Preisrutsch am Markt gegeben. Es ist allgemein bekannt, dass die zwei grössten Detailhändler in der Schweiz Coop und Migros sind. Denner wurde 2007 von Migros übernommen. Folglich bleibt als grösster Konkurrent des Migros/Denner-Konzerns nur Coop übrig. Wenn dieser seine Preise für Elmex rot erheblich senkt, ist es nicht falsch, wenn die Vorinstanz von einem Preisrutsch im Markt spricht. Die Vorbringen der Beschwerdeführerin sind nach dem Gesagten zurückzuweisen.

v. Zwischenfazit: Passivverkaufsverbot 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 vertraglich vereinbarte vertikale Gebietsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG dar und sei von den Parteien gelebt worden. 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 (vgl. 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 REKO/WEF 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.).

i. SACHLICHE MARKTABGRENZUNG

9.1

9.1.1 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.

9.1.2 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.

9.1.3 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.

9.1.4 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 spür-

bare 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; 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.").

9.1.5 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.

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

ii. 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 be-

rücksichtigen 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.

9.3 Das Bundesverwaltungsgericht verweist auf seine Ausführungen im Verfahren B-506/2010 zur räumlichen Marktabgrenzung und stellt fest, dass – wie von der Beschwerdeführerin nicht bestritten wird – der räumlich relevante Markt in casu zu Recht national abgegrenzt wurde (siehe Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-506/2010 vom 19. Dezember 2013 E. 9.2).

iii. 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.

10.1 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. Die Beschwerdeführerin führt aus, dieser Nachweis gelinge im vorliegenden Fall. Dies habe auch die Vorinstanz anerkannt, als sie festgestellt habe, dass auf dem relevanten Markt ein gewisser Restwettbewerb bestehe. Allerdings ist die Beschwerdeführerin der Ansicht, dass nicht bloss ein gewisser, sondern vielmehr ein intensiver Intra- und Interbrand-Wettbewerb bestehe. Die Vorinstanz geht in ihren Eingaben auf die Argumente der Beschwerdeführerin ein. Aus den nachfolgenden Gründen erübrigt es sich, die Vorbringen vertieft wiederzugeben.

10.2 Die Vorinstanz hat in Rn. 207 ff. der angefochtenen Verfügung den Intrabrand-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 Intrabrand- und Interbrand-Wettbewerbs umgestossen werden" könne. Wie im Parallelverfahren B-506/2010 dargelegt, war die Analyse des Intra- und Interbrandwettbewerbs der Vorinstanz korrekt (siehe Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-506/2010 vom 19. Dezember 2013 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 blosse Differenzen bezüglich der Begrün-

dung 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 zu Intra- und Interbrand-Wettbewerb an dieser Stelle nicht einzugehen.

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 macht geltend, die Vorinstanz habe bei der Analyse der Erheblichkeit der Abrede auf falsche Kriterien abgestellt und diese daher zu Unrecht bejaht. Auf die Vorbringen wird nachfolgend eingegangen.

i. Analyse der Erheblichkeit

11.1

11.1.1 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 (BBl 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 (vgl. MARIEL HOCH CLASSEN, Vertikale Wettbewerbsabreden im Kartellrecht, Zürich 2003, S. 267).

11.1.2 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).

11.1.3 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, BSK-KG Art. 5 Rn. 155 ff. und 167 ff.). 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 (VertBek 02; RPW 2002/2, S. 404). Darin hat sie konkretisiert, nach welchen Kriterien sie die Erheblichkeit einer vertikalen Wettbewerbsabrede beurteilt. Diese hat sie 2007 resp. 2010 ersetzt (VertBek 07 vom 28. Juli 2007, BBl 2007 7597, bzw. VertBek 10 vom 28. Juni 2010, BBl 2010 5078). Im untersuchungsrelevanten Zeitraum existierte die VertBek 02. 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 Entscheidfindung 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.).

11.1.4 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 (BBl 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.

ii. QUALITATIVE ERHEBLICHKEIT

11.2 Die Beschwerdeführerin bringt vor, mangels Vorliegens eines Passivverkaufsverbots sei das qualitative Kriterium der Erheblichkeit nicht erfüllt. Wie das Bundesverwaltungsgericht bereits unter E. 8 festgehalten hat, stellt Ziff. 3.2 eine Gebietsabrede im Sinne von Art. 5. Abs. 4 KG dar. Gemäss den Ausführungen unter E. 11.1.4 ist sie zudem von ihrer Natur her als qualitativ erheblich und damit auch insgesamt als eine den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abrede einzustufen. Dies gilt auch dann, wenn man die Abrede auf ihre quantitative Erheblichkeit hin untersucht, was nachfolgend der Vollständigkeit halber aufgezeigt wird.

iii. QUANTITATIVE ERHEBLICHKEIT

11.3

11.3.1 Die Beschwerdeführerin führt aus, die Vorinstanz habe weder die Auswirkungen von Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages im untersuchungsrelevanten Zeitraum noch die Auswirkungen des Wegfalls dieser Klausel untersucht. Sie erwähne lediglich, dass Coop im Mai 2009 den Preis für Elmex rot um 10% gesenkt habe. Diese Behauptung genüge aus folgenden Gründen nicht als Beweis für die Erheblichkeit der Abrede: (i) Die Belieferung der Anzeigerin durch Gaba ab März 2009 sei nicht auf den Wegfall der Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages zurückzuführen. (ii) Es bestehe kein Kausalzusammenhang zwischen der Belieferung der Anzeigerin mit Elmex rot und den Preissenkungen von Coop im Jahr 2009. (iii) Ausser Coop werde kein Detailhändler genannt, der seine Endverkaufspreise für Elmex rot nach März 2009, also nach der Belieferung der Anzeigerin, gesenkt habe. (iv) Selbst wenn die Beschwerdeführerin die Lieferanfrage der Anzeigerin im Jahr 2005 für 20'000 Tuben Elmex rot Zahnpasta pro Monat erhalten hätte, hätte diese Menge lediglich […] des Gesamtmarktvolumens ausgemacht und somit keine Auswirkungen auf dem relevanten Markt gehabt. Wie die Vorinstanz selbst festgehalten habe, sei die Möglichkeit weiterer Importe durch andere Detailhändler als die Anzeigerin und Spar mangels betriebswirtschaftlicher Rentabilität ausgeschlossen gewesen. (v) Schliesslich zeige der intensive Intra- und Interbrand-Wettbewerb, dass zu keinem Zeitpunkt eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung vorgelegen habe.

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 werde 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, beeinträchtigten, 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 Ausführungen der Beschwerdeführerin bringt die Vorinstanz vor, Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages habe auf dem relevanten Markt Auswirkungen in Form von verhinderten Parallelimporten und dem damit verbundenen Mangel an Preisdruck gehabt. Hätten die Anzeigerin oder andere Schweizer Detailhändler Elmex rot parallel importieren können, wäre das kritische Mass an Verkaufsstellen, um einen Preisrutsch auszulösen, früher erreicht worden. Das zeige sich auch daran, dass seit Bekanntwerden der Importmöglichkeit die Beschwerdeführerin in einem Umfang Lieferanfragen aus der Schweiz erhalten habe, dass die Mengen nicht für alle Anfragen bereitgestellt werden konnten.

11.3.3 In Rn. 310 der angefochtenen Verfügung wurde anhand quantitativer Elemente die von der Abrede ausgehende Intensität der Wettbewerbsbeschränkung untersucht. Mangels feststellbarer, tatsächlicher Handlungen auf dem relevanten Markt (wie z.B. Parallelimporte) hat die Vorinstanz auf die möglichen Auswirkungen abgestellt, welche durch Parallelimporte zu erwarten seien. Dabei untersuchte sie die Marktstellung von Elmex rot, die Marktanteile der Beschwerdeführerin und von Elmex rot, das Preisgefälle Schweiz-Österreich sowie den feststellbaren Effekt im relevanten Markt durch den Verkauf von Elmex rot durch die Anzeigerin. Zu den von der Vorinstanz angewandten quantitativen 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. 11.1.3). 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.

11.3.5 Zum Argument der Beschwerdeführerin, der ihrer Ansicht nach bestehende intensive Intra- und Interbrand-Wettbewerb zeige, dass zu keinem Zeitpunkt eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung vorgelegen habe, ist festzuhalten, dass die Struktur des Art. 5 KG hinsichtlich vertikaler Wettbewerbsabreden folgendes Prüfschema vorsieht: 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 werde 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 vom 1. Juni 2010 "Strassenbeläge Tessin" E. 9 m.w.H.). Gelingt dieser Nachweis, ist zu prüfen, ob eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung vorliegt. Schliesslich ist zu untersuchen, ob die Abrede allenfalls aus Gründen wirtschaftlicher Effizienz gerechtfertigt werden kann. Demnach ist der Intra- und Interbrand-Wettbewerb im Rahmen der Widerlegung der vermuteten Wettbewerbsbeseitigung zu prüfen und nicht – wie die Beschwerdeführerin behauptet – als quantitatives Erheblichkeitskriterium.

11.4 Die Beschwerdeführerin vermag nach dem Gesagten mit ihrem Rügen zur Erheblichkeit nicht durchzudringen.

iv. Zwischenfazit: Erheblichkeit gegeben

11.5 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. RECHTFERTIGUNGSGRÜNDE

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

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 mehrere Rechtfertigungsgründe vor, so die Höhe ihrer Marktanteile (E. 12.1), das Vorliegen von Kapazitätsengpässen (E. 12.2), die effizientere Produktionsplanung (E. 12.3) sowie regulatorische Importbeschränkungen (E. 12.4). Diese Vorbringen sind hiernach zu untersuchen.

i. RECHTFERTIGUNG AUFGRUND DER MARKTANTEILE?

12.1

12.1.1 Die Beschwerdeführerin macht geltend, selbst wenn eine den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abrede vorliegen würde, sei diese gemäss Ziff. 15 Abs. 2 VertBek 07 ohne Einzelprüfung gerechtfertigt, da ihr Marktanteil auf dem relevanten Markt weit unter 30% liege. Die Vorinstanz entgegnet, Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages stelle ein Passivverkaufsverbot dar, welches nach der Vertikalbekanntmachung nicht ohne Einzelfallprüfung gerechtfertigt werden könne.

12.1.2 Gemäss Ziff. 15 Abs. 2 VertBek 07 gelten Abreden in der Regel ohne Einzelfallprüfung als gerechtfertigt, wenn der Anteil des Lieferanten am relevanten Markt, auf dem er die Vertragswaren oder Vertragsdienstleistungen verkauft, 30% nicht überschreitet. Davon ausgenommen sind Abreden nach Ziffer 12 und Abreden, die sich mit anderen kumulativ auf den Markt auswirken und den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen. Ziff. 12 VertBek

07 zählt die aufgrund ihres Gegenstandes den Wettbewerb erheblich beeinträchtigenden Abreden auf. Darunter fallen u.a. Gebietsabreden, die ein Passivverkaufsverbot statuieren (Ziff. 12 Abs. 1 Bst. b VertBek 07). Wie oben aufgezeigt, war diese Regelung auch in VertBek 02 enthalten. Sie ist, wie das Bundesverwaltungsgericht an entsprechender Stelle festgehalten hat, nicht zu beanstanden (vgl. E. 11.1.4). Demnach war für eine Gebietsabrede wie Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages bereits nach dem Wortlaut der VertBek 02 bzw. 07 eine Rechtfertigung aufgrund der Marktanteile nicht möglich. Die gegensätzliche Behauptung der Beschwerdeführerin ist zurückzuweisen.

ii. Rechtfertigung aufgrund von Kapazitätsengpässen?

12.2

12.2.1 Die Beschwerdeführerin trägt des Weiteren vor, ihre Produktion sei von ca. 2003 bis Mitte 2008 sowohl maschinentechnisch als auch personell an der Kapazitätsgrenze gelaufen. Überdies seien die vorhandenen Lagerkapazitäten sehr knapp gewesen. Auch sei es ihr vertragsrechtlich nicht möglich gewesen, gewisse Mengen zulasten der Stammkunden abzuzweigen und an die Anzeigerin zu liefern. Die unterstellte Nichtbedienung einer Lieferanfrage der Anzeigerin durch die Beschwerdeführerin wäre aufgrund der bestehenden Kapazitätsengpässe unumgänglich und gerechtfertigt gewesen. Die Vorinstanz verweist auf die angefochtene Verfügung.

12.2.2 In Rn. 323 der angefochtenen Verfügung wird festgestellt, die von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Kapazitätsengpässe seien wenn überhaupt lediglich kurzfristiger Natur gewesen. So habe ein Vertreter der Beschwerdeführerin anlässlich der Anhörung vom 8. Juni 2009 vor der Vorinstanz zu Protokoll gegeben, dass sie 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.

12.2.3 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 der Beschwerdeführerin wie folgt hat vernehmen lassen: "[…] erläutert, dass wenn damals Denner mit einer solchen Lieferanfrage an Gebro herangetreten 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. Das Bundesverwaltungsgericht kommt demnach zum Schluss, dass die Vorinstanz richtigerweise die vorgerbachten Kapazitätsengpässe nicht als Rechtfertigungsgrund angesehen hat.

iii. Rechtfertigung aufgrund effizienter Produktionsplanung?

12.3

12.3.1 Die Beschwerdeführerin macht überdies geltend, aus Gründen der Produktionsplanung hätte sie wissen müssen, welche Mengen zu welchen Konditionen an welchen Abnehmer zu liefern seien. Da die Anzeigerin ihre angebliche Lieferanfrage nicht direkt an die Beschwerdeführerin gerichtet habe, sei eine effiziente Produktionsplanung und daher eine Belieferung der Anzeigerin nicht möglich gewesen. Dies gelte a fortiori angesichts der aufgezeigten Kapazitätsengpässe. Die Beschwerdeführerin hätte nicht wissen können, für wen die Ware bestimmt gewesen sei, geschweige denn ob der Empfänger die nötige Kontinuität der Lieferbeziehungen gewährleistet hätte. Die Ablehnung einer solchen Anfrage wäre daher aus Gründen einer effizienten Produktionsplanung notwendig und gerechtfertigt gewesen. Die Vorinstanz verweist auf die angefochtene Verfügung.

12.3.2 In Rn. 323 der angefochtenen Verfügung wird auf diesen Rechtfertigungsgrund eingegangen. Die Vorinstanz hält fest, eine effiziente Produktionsplanung richte sich nach der erwarteten Nachfrage, zu der auch Parallelimporte zählen könnten. Jedenfalls erfordere eine solche Planung keinen absoluten Gebietsschutz.

12.3.3 Die Beschwerdeführerin trägt hier vor, eine allfällige Abweisung einer Lieferanfrage könne aus Gründen der effizienten Produktionsplanung gerechtfertigt sein. Ob dies zutrifft, kann an dieser Stelle offen bleiben. Unter dem Titel Rechtfertigungsgründe wird nämlich untersucht, ob die *Abrede* sich aus Gründen wirtschaftlicher Effizienz rechtfertigen lässt. In casu wurde in Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages ein Passivverkaufsverbot statuiert.

Solche Abreden sind von ihrem Gegenstand her bereits als qualitativ erheblich einzustufen (vgl. E. 11.1.4). An ihre Rechtfertigung sind strenge Massstäbe anzulegen. Eine Gebietsabrede wie Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages, welche ein Aktiv- und Passivverkaufsverbot zulasten der Beschwerdeführerin vorsah, lässt sich nicht mit dem Hinweis auf eine effizientere Produktionsplanung rechtfertigen. Das entsprechende Vorbringen der Beschwerdeführerin ist zurückzuweisen.

iv. Rechtfertigung aufgrund divergierender Vorschriften?

12.4

12.4.1 Die Beschwerdeführerin führt schliesslich aus, aufgrund der divergierenden Vorschriften seien Lieferungen ins Ausland für sie mit einem unkalkulierbaren Risiko von straf- und zivilrechtlichen Konsequenzen verbunden gewesen. Dies stelle einen objektiven Rechtfertigungsgrund für die Verweigerung von Lieferungen ins Ausland dar. Die Vorinstanz verweist auf die angefochtenen Verfügung.

12.4.2 In Rn. 323 der angefochtenen Verfügung wird ausgeführt, es sei bereits in Rn. 115 ff. dargelegt worden, dass gesetzliche Vorschriften kein wirksames Importhindernis dargestellt hätten. Angesichts des Umstandes, dass […] Elmex-Zahnpasta seit mehreren Jahren aus der Produktion und im Wissen der Beschwerdeführerin in die Schweiz liefere, erscheine es unplausibel, dass die gesetzlichen Bestimmungen die Beschwerdeführerin davon abgehalten haben sollten, in die Schweiz zu liefern. Dies insbesondere, da Spar die Zahnpasta in der Schweiz ohne Umetikettierung verkaufe.

12.4.3 Auch bei dieser Rüge verkennt die Beschwerdeführerin, dass im Rahmen der Rechtfertigung nicht zu prüfen ist, ob die *Verweigerung von Lieferungen* ins Ausland mit Hinweis auf die Gesetzeslage gerechtfertigt werden kann. Vielmehr geht es hier um die Frage, ob aufgrund der regulatorischen Importbeschränkungen in der Schweiz die *Abrede* aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt war. Dies ist klar zu verneinen. Allenfalls könnten abgewiesene Lieferanfragen im Einzelfall mit dem Hinweis auf strafrechtliche Konsequenzen erklärt werden, nicht aber eine absolute Gebietszuweisung. Im Übrigen ist es widersprüchlich, wenn die Beschwerdeführerin einerseits wiederholt betont, Spar Schweiz würde mit Wissen und Willen der Beschwerdeführerin Elmex rot aus Österreich in die Schweiz importieren, und andererseits bezüglich Lieferungen an die Anzei-

gerin geltend macht, diese müssten aus Angst vor strafrechtlichen Konsequenzen verweigert werden. Die Beschwerdeführerin ist demnach mit ihren Vorbringen nicht zu hören.

v. Zwischenfazit: unzulässige Wettbewerbsabrede

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.

13. Sanktionierung

13. 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.

Die Beschwerdeführerin trägt zur Sanktionsbemessung drei Rügen vor: erstens könne für Abreden, welche den Wettbewerb lediglich erheblich beeinträchtigten, keine Sanktionen ausgesprochen werden (E. 13.1). Sodann habe die Vorinstanz bei der Auferlegung der Sanktion das Verschuldensprinzip verletzt (E. 13.2). Schliesslich sei die Bemessung der Sanktion selbst willkürlich (E. 13.3). Nachfolgend wird auf die einzelnen Rügen eingegangen.

i. Zur Frage der Sanktionierbarkeit erheblicher Wettbewerbsbeeinträchtigungen

13.1

13.1.1 Die Beschwerdeführerin macht geltend, aus dem Gleichbehandlungsgebot folge, dass für Abreden, die den Wettbewerb nur erheblich beeinträchtigen würden, keine Sanktion ausgesprochen werden könne. Nur Abreden, welche den wirksamen Wettbewerb im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG beseitigten, seien gemäss Art. 49a KG sanktionierbar. Es sei kein Grund ersichtlich, um zwischen den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen-

den Abreden i.S.v. Art. 5 Abs. 3 und 4 KG und anderen Abreden zu unterscheiden. Die Art einer Abrede sage nichts über ihre allfälligen negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb aus.

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

13.1.3 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.

13.1.4 Dem Bundesverwaltungsgericht stellt sich folglich die Frage, ob Abreden, welche den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen i.S.v. Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG, gemäss Art. 49a KG sanktioniert werden können. 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 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).

13.1.5 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.

13.1.6 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. JÜRG BORER, Wettbewerbsrecht I, Kommentar zum Kartellgesetz, Zürich 2011, 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 PHILIPP ZURKINDEN/HANS RUDOLF TRÜEB, Das neue Kartellgesetz, Handkommentar, Zürich/Basel/Genf 2004, 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: Vincent Martenet/Christian Bovet/Pierre Tercier/ [Hrsg.], Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Basel 2013, Art. 49 Rn. 10; siehe auch MANI 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 werden. 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.).

13.1.7 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 Marktabschottung der Schweiz mittels Vertikalabreden verhindert werden sollte (siehe beispielsweise Voten von R. Genner, NR 2002 S. 1294; G. Bührer, 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.

13.1.8 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 im Sinne 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.

13.1.9 Aus den obigen Ausführungen erhellt, dass Abreden, welche den Wettbewerb nicht beseitigen und sich nicht aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sanktionierbar sind im Sinne 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.

ii. RÜGE DER VERLETZUNG DES VERSCHULDENSPRINZIPS

13.2

13.2.1 Die Beschwerdeführerin macht im Rahmen ihrer formellen Rügen geltend, ihr könne aus mehreren Gründen kein Schuldvorwurf gemacht werden. Erstens habe sie Beschwerdeführerin mit Gaba, wie dargelegt, weder ein Aktiv- noch ein Passivverkaufsverbot praktiziert. Dies würden die aufgezeigten Exporttätigkeiten beweisen. Zweitens seien allfällige Abweisungen von Lieferanfragen auf Kapazitätsengpässe zurückzuführen gewesen und nicht auf ein Passivverkaufsverbot. Schliesslich habe die Beschwerdeführerin aufgrund des intensiven Intra- und Interbrand-Wettbewerbs zu keinem Zeitpunkt annehmen müssen, dass der Wettbewerb durch Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages erheblich beeinträchtigt würde.

13.2.2 Die Vorinstanz trägt vor, Voraussetzung für die Sanktionierung sei der Nachweis einer Sorgfaltspflichtverletzung. Bei Unternehmen könne

dies insbesondere in einem Organisationsmangel bestehen. In der angefochtenen Verfügung sei eine solche Sorgfaltspflichtverletzung aufgezeigt worden. Ein Unternehmen von der Grösse der Beschwerdeführerin hätte sich über die Problematik eines Exportverbotes bewusst sein müssen. Da die Beschwerdeführerin im Sanktionszeitraum keine Anstrengungen unternommen habe, Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages aufzuheben, sei davon auszugehen, dass sie die Gebietsschutzabrede in Kauf genommen habe. Damit sei ihr Verhalten zumindest als fahrlässig zu bezeichnen. Ausserdem sei nicht ersichtlich, warum die Beschwerdeführerin eine angeblich nicht gelebte Vertragsklausel nicht durch Vertragsanpassung geändert habe. Schliesslich widerspreche das Vorbringen, die Beschwerdeführerin habe nicht einmal ein Aktivverkaufsverbot praktiziert, dem Umstand, dass sie mit Gaba auch im neuen Distribution Agreement ein solches vereinbart habe.

13.2.3 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, dass sie sich über die Tragweite ihres Handelns informierten. Zudem verfüge die Beschwerdeführerin über eine eigene Tochtergesellschaft in der Schweiz, welche im Vertrieb von Arzneimitteln tätig sei. Daher sei sie auch mit den wettbewerbsrechtlichen Regelungen der Schweiz vertraut gewesen. Aus Rn. 342 der angefochtenen Verfügung geht zudem hervor, dass die Beschwerdeführerin die vor Bundesverwaltungsgericht vorgetragenen Rügen bereits im vorinstanzlichen Verfahren erhoben hat. Die Vorinstanz hielt dazu fest, die Belieferung von Spar sei ein Spezialfall, und die geltend gemachten Kapazitätsengpässe seien nicht ursächlich für eine mögliche Nichtbelieferung gewesen. Zudem spiele es für die Vorwerfbarkeit keine Rolle, dass neben der Beteiligung an einem Passivverkaufsverbot zusätzlich Kapazitätsengpässe zu einer Nichtbelieferung eines gebietsfremden Nachfragers geführt hätten. Selbst wenn die Engpässe ursächlich gewesen wären für die Behinderung von Parallelexporten, ändere dies nichts an der Vorwerfbarkeit des vereinbarten Passivverkaufsverbotes. Beteiligte an solchen Abreden müssten von dessen Unzulässigkeit ausgehen, unabhängig von allfälligen (möglichen) Vorwürfen der Wettbewerbsbehörden. Zur Frage des Intra- und Interbrand Wettbewerbs wird auf die entsprechenden Erwägungen verwiesen.

13.2.4 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" (BBl 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 ändern würden. "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 hohen Anforderungen genügendes Compliance-Programm betrieben hat, hat in Umsetzung der überwiesenen Motion jedoch in die Sanktionsbemessung einzufliessen" (BBl 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.

13.2.5 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.

13.2.6 Vorliegend ist erstellt, dass es sich bei Ziff. 3.2 des Lizenzvertrages um eine absolute Gebietsabrede im Sinne von Art. 5. Abs. 4 KG handelt. Auch in der EU wird ein schriftlich vereinbartes Passivverkaufsverbot als eine Kernbeschränkung angesehen, was der Beschwerdeführerin bewusst gewesen sein muss. Als europaweit tätigem Unternehmen, das seit fast 40 Jahren über eine Tochtergesellschaft in der Schweiz Arzneimittel vertreibt, waren ihr die wettbewerbsrechtlichen Probleme in Vertriebsverträgen sowohl in der Schweiz als auch in der EU bekannt. Von einem Unternehmen von der Grösse der Beschwerdeführerin darf erwartet werden, dass es sein Handeln rechtlich abklären lässt, und insbesondere eine seiner zentralen Geschäftstätigkeiten – den Vertrieb chemischer und pharmazeutischer Produkte – regelmässig auf seine Rechtskonformität hin überprüfen lässt. Entgegen dem Vorbringen der Beschwerdeführerin hat diese Auslegung nicht zur Konsequenz, dass jeder Kartellrechtsverstoss einen Organisationsmangel und Verschulden begründen würde. Vorliegend geht es um ein schriftlich vereinbartes, während mehreren Jahren bestehendes Passivverkaufsverbot. In der Tatsache, dass eine solche Abrede nicht aufgedeckt

und behoben wurde, ist wie ausgeführt ein Organisationmangel zu erblicken. Das Verhalten der Beschwerdeführerin ist ihr demnach vorwerfbar. Daran vermögen die Vorbringen der Beschwerdeführerin nichts ändern. Das Argument, der Vertrag sei von den Parteien nicht praktiziert worden, ist aufgrund der Ausführungen unter E. 8 zurückzuweisen. Auch mit ihren Ausführungen zu den Kapazitätsengpässen vermag die Beschwerdeführerin nicht durchzudringen. Die dargelegten Engpässe könnten allenfalls eine vorübergehende Nichtbelieferung begründen. Sie führen aber nicht dazu, dass ein schriftlich vereinbartes Passivverkaufsverbot nicht mehr vorwerfbar ist. Schliesslich ist die Beschwerdeführerin nicht zu hören mit ihrem Vorbringen, aufgrund des intensiven Intra- und Interbrand-Wettbewerbs habe sie davon ausgehen dürfen, dass der Wettbewerb nicht erheblich beeinträchtigt gewesen sei. Die Erheblichkeit der Beeinträchtigung ist bereits erstellt (vgl. E. 11). Bei der Frage der Vorwerfbarkeit ist hingegen zu untersuchen, ob ein objektiver Sorgfaltsmangel i.S. eines Organisationsverschuldens vorliegt, was in casu aufgrund der dargelegten Gründe zu bejahen ist.

iii. Sanktionsbemessung

13.3

13.3.1 Im Zusammenhang mit der Sanktionsbemessung erhebt die Beschwerdeführerin schliesslich die Willkürrüge. Das Sekretariat der Vorinstanz habe in seinem Antrag vom 16. Dezember 2008 noch eine Sanktion in Höhe von CHF 1'000.- für angemessen befunden. Die Vorinstanz selbst habe mit derselben Begründung eine zehnfach höhere Sanktion ausgesprochen, was willkürlich sei. Als ebenso willkürlich sieht die Beschwerdeführerin die Höhe der Sanktion an. Ein Betrag von CHF 10'000.- könne nicht als symbolisch bezeichnet werden. In der wettbewerbsrechtlichen Praxis der EU-Behörden würde unter einer symbolischen Sanktion eine Busse in Höhe von EUR 1'000.- verstanden. Nach allgemeiner Lebenserfahrung und allgemeinem Sprachgebrauch wäre eine symbolische Sanktion auf den Betrag von CHF 1.-, höchstens aber auf CHF 1'350.- (= EUR 1'000.-) festzusetzen.

13.3.2 Die Vorinstanz erwidert, die Abweichung zwischen dem Antrag des Sekretariates und der angefochtenen Verfügung sei auf die unterschiedliche rechtliche Würdigung des Falles zurückzuführen. Angesichts der Umsätze der Beschwerdeführerin im untersuchungsrelevanten Zeitraum sei eine Sanktion in Höhe von CHF 10'000.- als angemessen zu betrachten. Der Schweizer Gesetzgeber habe gerade auf die Formulierung eines Ausnahmetatbestandes für leichte Fälle verzichtet, dafür aber der Vorinstanz

die Bemessung von Sanktionen mit lediglich symbolhaftem Charakter zugestanden. Als angemessen würden dabei Sanktionen gelten, die im Vergleich zu den realisierten Umsätzen einen als marginal zu bezeichnenden Bruchteil ausmachten. Dies sei in casu der Fall.

13.3.3 In der angefochtenen Verfügung wird einleitend festgestellt, dass die Behinderung von Parallelimporten grundsätzlich einen schweren Verstoss gegen das Kartellgesetz darstelle. Allerdings beeinflusse in casu das Ungleichgewicht der Interessen der Vertragsparteien die Sanktionsbemessung. Erstens sei die Beschwerdeführerin […]. Ihr sei somit nichts anderes übrig geblieben als die Vertragsbedingungen von Gaba zu akzeptieren. Zudem habe die Gebietsschutzabrede vor allem Gaba genützt, da durch diese die Zunahme von Wettbewerbsdruck in der Schweiz habe verhindert werden können. Überdies seien Gaba und die Beschwerdeführerin seit mehr als 25 Jahren Vertragspartnerinnen. Die Beschwerdeführerin habe in dieser Zeit in die Produktion und den Vertrieb von Gaba-Produkten investiert und würde daher kaum eine Kündigung der bestehenden Verträge riskieren. Schliesslich sei Gaba in allen an die Schweiz angrenzenden Ländern mit eigenen Tochtergesellschaften am Markt tätig. Nur in Österreich sei die Beschwerdeführerin Lizenznehmerin und Vertriebsgesellschaft von Gaba. […] Die Vorinstanz gelangt zum Schluss, dass die Gebietsabrede von den Vertragsparteien bewusst umgesetzt worden sei, dass allerdings die Beschwerdeführerin kaum eine andere Wahl gehabt habe, als sich an der Abrede zu beteiligen. Aufgrund dessen auferlegte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin eine Sanktion in Höhe von CHF 10'000.-.

13.3.4 Art. 49a Abs. 1 KG sieht die maximal zulässige Sanktion vor. Innerhalb dieses Rahmens werden die Bemessungskriterien durch die SVKG konkretisiert. Dabei hat die Bemessung der Sanktion den Umständen des Einzelfalles, dem Verhältnismässigkeitsprinzip (Art. 5 Abs. 2 BV; Art. 2 Abs. 2 SVKG) und der Gleichbehandlung (Art. 8 BV) Rechnung zu tragen. Auszugehen ist vom Basisbetrag, der sich je nach Schwere und Art des Verstosses auf höchstens 10% des Umsatzes beläuft, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat (Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 3 SVKG). Dieser Basisbetrag wird anschliessend abhängig von der Dauer des Wettbewerbsverstosses und bei Vorliegen erschwerender Umstände erhöht (Art. 4 f. SVKG), bzw. bei Vorliegen mildernder Umstände vermindert (Art. 6 SVKG). Der relativ weit gefasste Sanktionsrahmen und die allgemein ge-

haltenen Bemessungskriterien zeigen, dass der Gesetzgeber der Vorinstanz bei der Sanktionsbemessung einen sehr grossen Ermessensspielraum einräumen wollte.

13.3.5 Vorliegend hat die Vorinstanz bei der Festlegung der Sanktionshöhe mehrere Faktoren in Betracht gezogen. So hat sie insbesondere dem Ungleichgewicht der Interessen der Vertragsparteien Rechnung getragen und somit eine auf den Einzelfall angepasste Sanktion festgesetzt. Auch unter Verhältnismässigkeitsaspekten ist eine Sanktion in Höhe von CHF 10'000.- nicht zu beanstanden. Sie ist geeignet und erforderlich, um eine abschreckende Wirkung zu erzielen, und geht nicht über das hinaus, was zur Erreichung dieses Ziels notwendig ist. Sie liegt im Übrigen deutlich unter dem Betrag, der gestützt auf die Umsätze der Beschwerdeführerin hätte berechnet werden können. Angesichts einer möglichen Sanktion in Millionenhöhe kann bei CHF 10'000.- nicht von einem unverhältnismässigen Betrag gesprochen werden. Daran vermag auch die erhobene Willkürrüge nichts ändern. Nach ständiger Rechtsprechung liegt Willkür in der Rechtsanwendung vor, wenn der angefochtene Entscheid offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft. Ein Entscheid ist jedoch nur aufzuheben, wenn nicht bloss die Begründung, sondern auch das Ergebnis unhaltbar ist. Dass eine andere Lösung ebenfalls als vertretbar oder gar zutreffender erscheint, genügt nicht (siehe statt vieler BGE 137 I 1 E. 2.4 m.w.H.). Vorliegend ist erstellt, dass zwischen der Beschwerdeführerin und Gaba während Jahren ein schriftliches Passivverkaufsverbot bestand. Unter Berücksichtigung der Interessenasymmetrie zwischen ihr und ihrer Vertragspartnerin kann die Festlegung der Sanktion auf CHF 10'000.- nicht als offensichtlich unhaltbar bezeichnet werden. Daran ändert auch der Hinweis auf die Praxis der Europäischen Kommission nichts. Die Beschwerdeführerin verweist in diesem Zusammenhang auf die alten Geldbussen-Leitlinien der Kommission (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; ABl. C 9 vom 14. Januar 1998, S. 3). Der Ordnung halber ist festzuhalten, dass die Leitlinien, die aus dem Jahr 1998 stammen, nicht eine Geldbusse von EUR 1'000.-, sondern eine solchen von ECU 1'000.- als symbolisch bezeichnen. Ob dieser Betrag – wie die Beschwerdeführerin verlangt – auf das Schweizer Recht übertragen werden sollte, ist fraglich. Denn das starre Festsetzen eines Betrages würde es der Vorinstanz gerade verunmöglichen, die

Sanktion unter Berücksichtigung des Einzelfalles und der Verhältnismässigkeit zu bemessen. Das würde dem der Vorinstanz durch den Gesetzgeber eingeräumten weiten Ermessen diametral widersprechen. Schliesslich zeigt auch die weitere Entwicklung in der EU, dass von einer solchen Auslegung abzusehen ist. Die Geldbussen-Leitlinien aus dem Jahr 2006 verzichten darauf, einen konkreten Betrag zu nennen, sondern halten nur noch fest, dass die Kommission eine symbolische Geldbusse verhängen kann (s. Rn. 36 der Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbussen gemäss Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 ABl. C. 210 vom 1. September 2006, S. 2). Demnach ist die Willkürrüge der Beschwerdeführerin betreffend die Sanktionsbemessung durch die Vorinstanz zurückzuweisen.

14. Fazit: Abweisung der Beschwerde

14. 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 10'000.- belegt hat für eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne 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. 4.3.4 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.

15. Kosten und Entschädigung

15.

i. Verfahrenskosten vor der Vorinstanz

15.1

15.1.1 Die Beschwerdeführerin erhebt im Zusammenhang mit der Kostenverlegung durch die Vorinstanz die Willkürrüge. Die Vorinstanz hätte nach Ansicht der Beschwerdeführerin ermitteln müssen, welche Anteile am Gesamtbetrag der beiden Sanktionen auf Gaba bzw. die Beschwerdeführerin entfallen würden. Gestützt darauf hätten der Beschwerdeführerin höchstens 0.2% der gesamten Verfahrenskosten auferlegt werden dürfen, was den Betrag von CHF 633.90 ergebe.

15.1.2 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 der Verordnung über die Gebühren zum Kartellgesetz vom 25. Februar 1998 (Gebührenverordnung KG, GebV-KG, SR 251.2) 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.- Gaba und CHF 10'000.- der Beschwerdeführerin 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. Insbesondere ist eine von der Beschwerdeführerin vorgeschlagene starre Berechnung in Analogie zur Sanktion selbst abzulehnen, da sie den Besonderheiten des Einzelfalles nicht gerecht würde. Jedenfalls kann der Beschwerdeführerin nicht gefolgt werden, wenn sie geltend macht, die Bemessung der Kosten sei als willkürlich, also als offensichtlich unhaltbar, anzusehen. Die Beschwerdeführerin vermag mit ihrer Willkürrüge zur Verlegung der vorinstanzlichen Verfahrenskosten nicht durchzudringen.

ii. Kosten und Entschädigung vor Bundesverwaltungsgericht

15.2

15.2.1 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).

15.2.2 Die Beschwerdeführerin ist mit ihrer Beschwerde vom 25. Januar 2010 unterlegen. Einzige Ausnahme bildet die unter E. 4.3.4 festgestellte Gehörsverletzung. Da sie bei diesem Verfahrensausgang als überwiegend unterliegende Partei zu betrachten ist, hat sie die Verfahrenskosten vollumfänglich zu tragen. Diese sind für das gesamte Verfahren gestützt auf Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 4 VGKE auf CHF 10'000.- festzusetzten. Nach Rechtskraft des Urteils sind sie mit dem geleisteten Kostenvorschuss in Höhe von CHF 5'000.- zu verrechnen. Der Restbetrag von CHF 5'000.- ist innert 30 Tagen nach Rechtskraft des Urteils der Gerichtskasse zu überweisen. Unter diesen Umständen wird auf das Zusprechen einer Parteientschädigung verzichtet (Art. 64 Abs. 1 VwVG).

16. Berichtigung von Amtes wegen

16. 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 abgewiesen.

2.
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."

3.
Die Kosten des vorliegenden Verfahrens werden auf CHF 10'000.- festgesetzt. Sie werden nach Rechtskraft des Urteils mit dem von der Beschwerdeführerin geleisteten Kostenvorschuss in Höhe von CHF 5'000.- verrechnet. Die Beschwerdeführerin hat den Restbetrag von CHF 5'000.- innert 30 Tage nach Rechtskraft des Urteils der Gerichtskasse zu überweisen.

4.
Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

5.
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 Gaba International AG (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 Rechtsschrift 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