Urteilskopf

143 II 297

23. Auszug aus dem Urteil der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung i.S. Colgate-Palmolive Europe Sàrl (ehemals Gaba International AG) gegen Wettbewerbskommission (Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten) 2C_180/2014 vom 28. Juni 2016

Regeste (de):
Art. 2 Abs. 2, Art. 4 Abs. 1, Art. 5 Abs. 1-4, Art. 49a Abs. 1 KG; Art. 5 Abs. 1, Art. 96 BV; Art. 7 EMRK; Art. 23 Abs. 1 und 2 FHA; grundsätzlich erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung von Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG; Abreden, die in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG aufgeführt und nach Art. 5 Abs. 1 KG unzulässig sind, unterliegen der Sanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG.

Grundlagen des Auswirkungsprinzips nach Art. 2 Abs. 2 KG und dessen völkerrechtliche Zulässigkeit (E. 3 und 8).

Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs auf einem Markt: Auslegung und Inhalt des Begriffs "Erheblichkeit"; Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG erfüllen danach grundsätzlich das Kriterium der Erheblichkeit nach Art. 5 Abs. 1 KG (E. 5.1-5.3). Auslegung des Begriffs "Beeinträchtigung"; es genügt, dass Abreden den Wettbewerb potentiell beeinträchtigen können (E. 5.4).

Auslegung von Art. 5 Abs. 4 KG und dessen Anwendung auf den Sachverhalt. In casu liegt eine vertikale Vertriebs-Wettbewerbsabrede mit einem absoluten Gebietsschutz i.S. von Art. 5 Abs. 4 KG vor (E. 6).

Eine Rechtfertigung durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gelingt nicht (E. 7).

Sanktionierung nach Art. 49a KG: Die Passage "unzulässige Abreden nach Artikel 5 Absätze 3 und 4" in Art. 49a Abs. 1 KG verweist auf die in den beiden Absätzen aufgeführten Abreden (Bezugnahme auf den Abredetyp; E. 9.4). Art. 49a Abs. 1 KG verletzt Art. 7 EMRK nicht (E. 9.3 und 9.5). Sanktionierung in casu (E. 9.6 und 9.7).

Regeste (fr):
Art. 2 al. 2, art. 4 al. 1, art. 5 al. 1-4, art. 49a al. 1 LCart; art. 5 al. 1, art. 96 Cst.; art. 7 CEDH; art. 23 al. 1 et 2 ALE; atteinte en principe notable à la concurrence d'accords aux termes de l'art. 5 al. 3 et 4 LCart; les accords, qui sont énumérés à l'art. 5 al. 3 et 4 LCart et qui sont illicites aux termes de l'art. 5 al. 1 LCart, sont soumis à la sanction prévue par l'art. 49a al. 1 LCart.

Fondements du principe des effets de l'art. 2 al. 2 LCart et admissibilité de celui-ci sous l'angle du droit international (consid. 3 et 8).

Atteinte notable à la concurrence sur un marché: interprétation et contenu de la notion de "notable"; les accords aux termes de l'art. 5 al. 3 et 4 LCart remplissent en principe le critère du caractère notable de l'art. 5 al. 1 LCart (consid. 5.1-5.3). Interprétation de la notion d"'affectation"; il suffit que les accords puissent potentiellement porter atteinte à la concurrence (consid. 5.4).

Interprétation de l'art. 5 al. 4 LCart et application au cas d'espèce. En l'occurrence, existence d'un accord vertical de distribution avec une protection territoriale absolue au sens de l'art. 5 al. 4 LCart (consid. 6).

Une justification fondée sur des motifs d'efficacité économique n'est pas admissible (consid. 7).

Sanction selon l'art. 49a LCart: l'expression "accord illicite aux termes de l'art. 5, al. 3 et 4" dans l'art. 49a al.

1 LCart renvoie aux accords mentionnés dans les deux alinéas cités (référence au type d'accord; consid. 9.4). L'art. 49a al. 1 LCart ne viole pas l'art. 7 CEDH (consid. 9.3 et 9.5). Sanction dans le cas d'espèce (consid. 9.6 et 9.7).

Regesto (it):
Art. 2 cpv. 2, art. 4 cpv. 1, art. 5 cpv. 1-4, art. 49a cpv. 1 LCart; art. 5 cpv. 1, art. 96 Cost.; art. 7 CEDU; art. 23 cpv. 1 e 2 ALS; intralcio di principio notevole alla concorrenza di accordi giusta l'art. 5 cpv. 3 e 4 LCart; accordi che sono enumerati nell'art. 5 cpv. 3 e 4 LCart e che sono illeciti giusta l'art. 5 cpv. 1 LCart sottostanno alla sanzione prevista dall'art. 49a cpv. 1 LCart.

Fondamenti del principio degli effetti di cui all'art. 2 cpv. 2 LCart e ammissibilità dello stesso nell'ottica del diritto internazionale (consid. 3 e 8).

Intralcio notevole alla concorrenza su un mercato: interpretazione e contenuto del termine "notevole"; accordi ai sensi dell'art. 5 cpv. 3 e 4 LCart hanno di principio carattere notevole giusta l'art. 5 cpv. 1 LCart (consid. 5.1-5.3). Interpretazione della nozione di "intralcio"; basta che gli accordi possano potenzialmente intralciare la concorrenza (consid. 5.4).

Interpretazione dell'art. 5 cpv. 4 LCart e applicazione dello stesso alla fattispecie. Nel caso in esame esiste un accordo verticale di distribuzione con protezione territoriale assoluta ai sensi dell'art. 5 cpv. 4 LCart (consid. 6).

Una giustificazione fondata su ragioni d'efficienza economica non è ammissibile (consid. 7).

Sanzione secondo l'art. 49a LCart: l'espressione "accordo illecito secondo l'articolo 5 capoversi 3 e 4" contenuta nell'art. 49a cpv. 1 LCart rinvia agli accordi menzionati in entrambi i capoversi citati (riferimento al tipo di accordo; consid. 9.4). L'art. 49a cpv. 1 LCart non viola l'art. 7 CEDU (consid. 9.3 e 9.5). Sanzione nel caso in esame (consid. 9.6 e 9.7).

Sachverhalt ab Seite 299

BGE 143 II 297 S. 299

A. Die Gaba International AG (Gaba) mit Sitz in Therwil, Kanton Basel-Landschaft, entwickelt und vertreibt Mund- und Zahnpflegeprodukte - darunter u.a. verschiedene Elmexprodukte. Das Unternehmen wurde 2004 Teil der Colgate-Palmolive-Gruppe. Mit Ausnahme von Österreich ist Gaba in den an die Schweiz angrenzenden Ländern mit Tochtergesellschaften am Markt tätig. In Österreich ist die Gebro Pharma GmbH (Gebro) mit Sitz in Fieberbrunn, Österreich, seit 25 Jahren Lizenznehmerin von Gaba. Gebro ist auf die Herstellung und den Vertrieb chemischer und pharmazeutischer Produkte spezialisiert. Vom 1. Februar 1982 bis zum 1. September 2006 bestand zwischen Gaba und Gebro ein Vertrag, 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." 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". In Bezug auf den Vertrieb der Gaba-Produkte in Österreich sieht das Distribution Agreement in Ziff. 12.1 Folgendes vor: "The distribu-

tor [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."

B. Die Denner AG - zwischenzeitlich durch den Migros-Genossenschafts-Bund unter Berücksichtigung der Vorgaben der Verfügung

der Wettbewerbskommission vom 3. September 2007 übernommen (vgl. Recht und Politik des Wettbewerbs [RPW]2008/1 S. 129 ff.) - mit Sitz in Zürich ist ein in der Schweiz tätiges Detailhandelsunternehmen. Sie bietet als Discounter ein Sortiment in den Bereichen Food und Near-Food an. Sie reichte am 30. November 2005 beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) eine Anzeige gegen Gaba wegen angeblicher Wettbewerbsbeschränkung ein, da ihre Versuche, zwischen 2003 und 2005 das von Gaba hergestellte Produkt Elmex rot direkt zu kaufen bzw. parallel aus Österreich zu importieren, gescheitert seien, und beantragte gleichzeitig die Einleitung einer Untersuchung im Sinne von Art. 26 des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 (KG; SR 251). Das Sekretariat eröffnete am 10. Mai 2006 eine Vorabklärung nach Art. 26 KG und durch Publikation im Bundesblatt am 13. März 2007 (Art. 28 KG; BBl 2007 1784) eine Untersuchung im Einvernehmen mit einem Mitglied der Wettbewerbskommission (WEKO) gemäss Art. 27 KG. Untersucht wurde dabei, 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.

C. Nach der Ausweitung des Verfahrens auf die Gebro, der Gewährung des rechtlichen Gehörs (Art. 30 Abs. 2 KG) zum Antrag des Sekretariats und zur Einvernahme der Denner AG als Zeugin erliess die WEKO am 30. November 2009 eine Verfügung (RPW 2010/1 S. 65 ff.; Versand: 7. Dezember 2009; Zustellung: 8. Dezember 2009) 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] [Eröffnung]."

D. Gaba erhob am 25. Januar 2010 gegen die Verfügung der WEKO vom 30. November 2009 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht mit folgenden Rechtsbegehren: "1. Die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 30. November 2009 sei bezüglich Ziff. 1, 3 und 5 des Dispositivs aufzuheben. 2. Eventualiter sei die

Verfügung der Wettbewerbskommission vom 30. November 2009 bezüglich Ziff. 1, 3 und 5 des Dispositivs aufzuheben und vom Bundesverwaltungsgericht in der Sache neu zu entscheiden. 3. Subeventualiter sei die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 30. November 2009 bezüglich Ziff. 1, 3 und 5 des Dispositivs aufzuheben und an die Wettbewerbskommission zur Neubeurteilung zurückzuweisen. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Staates. Verfahrensantrag: Falls das Bundesverwaltungsgericht in der Sache entscheidet, sei vor dem Entscheid eine Verhandlung durchzuführen und die Beschwerdeführerin anzuhören."

E. Am 19. Dezember 2013 erliess das Bundesverwaltungsgericht seinen Entscheid mit folgendem Dispositiv: "1. Die Beschwerde vom 25. Januar 2010 wird betreffend die Sanktionierung der Beschwerdeführerin abgewiesen. 2. Betreffend die von der Vorinstanz vorgenommenen Kostenliquidation wird die Beschwerde vom 25. Januar 2010 teilweise gutgeheissen, soweit darauf eingetreten wird. Ziff. 5 des Dispositivs der Verfügung vom 30. November 2009 im Untersuchungsverfahren 22-0349 wird wie folgt abgeändert: '5. Die Verfahrenskosten belaufen sich insgesamt auf CHF 306'215.- und werden den Parteien wie folgt auferlegt: Gaba International AG CHF 98'738.30.'
3. Der redaktionelle Fehler in Ziff. 1 des Dispositivs der Verfügung vom 30. November 2009 im Untersuchungsverfahren 22-0349 wird wie folgt berichtigt: '1. Es wird festgestellt, dass der Lizenzvertrag vom 1. Februar 1982 zwischen Gaba International AG und Gebro Pharma GmbH bis zum 1. September 2006 eine unzulässige Gebietsabrede nach Massgabe von Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 KG enthielt.'

4. Von den Kosten des vorliegenden Verfahrens in Höhe von insgesamt CHF 50'000.- werden der Beschwerdeführerin CHF 48'000.- auferlegt. Sie werden nach Rechtskraft des Urteils mit dem von der Beschwerdeführerin geleisteten Kostenvorschuss in Höhe von CHF 40'000.- verrechnet. Die Beschwerdeführerin hat den Restbetrag von CHF 8'000.- innert 30 Tagen nach Rechtskraft des Urteils der Gerichtskasse zu überweisen. 5. Der Beschwerdeführerin wird eine Parteientschädigung in Höhe von CHF 1'000.- zulasten der Vorinstanz zugesprochen. 6. [Zustellung]."

F. Vor Bundesgericht beantragt die Colgate Palmolive Europe Sàrl (Rechtsnachfolgerin von Gaba), das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 19. Dezember 2013 und die Verfügung der WEKO vom 30. November 2009 in Bezug auf die Ziffern 1, 3 und 5 des Dispositivs aufzuheben, eventualiter das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 19. Dezember 2013 in Bezug auf die Ziffern 1 und 4 sowie die Verfügung der WEKO vom 30. November 2009 in Bezug auf die Ziffern 3 und 5 aufzuheben. Gerügt wird im Wesentlichen eine Verletzung von Bundesrecht (KG und BV) und von Völkerrecht (Art. 7 EMRK). Die WEKO hat sich innert erstreckter Frist am 1. Mai 2014 vernehmen lassen, währenddem das Bundesverwaltungsgericht und das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) auf eine Stellungnahme verzichten. Mit Stellungnahme vom 7. Juli 2014 hat sich die Beschwerdeführerin zur Vernehmlassung der WEKO geäussert. Mit Schreiben vom 22. Dezember 2014 hat sich die Beschwerdeführerin nochmals geäussert.

G. Das Bundesgericht weist in der öffentlichen Beratung vom 28. Juni 2016 die Beschwerde ab.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

2. Inhaltsübersicht
Thema des vorliegenden Falls bildet die Frage, ob die Beschwerdeführerin nach Art. 49a KG zu sanktionieren

ist, weil sie an einer vertikalen Abrede über Gebietsaufteilungen beteiligt war. Art. 49a KG verweist auf unzulässige Abreden u.a. nach Art. 5 Abs. 4 KG. Zu klären sind deshalb die beiden Begriffe "unzulässige Abreden" und "Abreden nach Art. 5 Abs. 4". Dies ist in mehreren Schritten zu prüfen.

BGE 143 II 297 S. 303

Art. 5 KG handelt von unzulässigen Wettbewerbsabreden. Unzulässig sind nach Art. 5 Abs. 1 KG Abreden, die zum einen den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie zum anderen nicht rechtfertigbare Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen. Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird bei gewissen vertikalen Abreden nach Art. 5 Abs. 4 KG vermutet. Die geglückte Widerlegung der Vermutung war bereits vor Vorinstanz unbestritten; die strittigen Abreden beseitigen den Wettbewerb deshalb nicht (vgl. E. 4.2). Zu prüfen ist deshalb lediglich, ob diese Abreden den Wettbewerb auf einem Markt erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen (Art. 5 Abs. 1 in initio KG). Dementsprechend gliedert sich der vorliegende Entscheid wie folgt: Zu klären ist zunächst der Begriff der Erheblichkeit (E. 5.1-5.3). Dabei kommt das Bundesgericht zum Schluss, dass die Abredetypen nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG grundsätzlich erheblich sind (E. 5.2.5). Alsdann stellt sich die Frage, was mit "beeinträchtigen" in Art. 5 Abs. 1 KG gemeint ist (E. 5.4). Zu bestimmen ist danach der relevante Markt (E. 5.5). Ob im konkreten Fall überhaupt eine Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG vorliegt, wird in E. 6 geprüft, die Frage der Rechtfertigung in E. 7. Schliesslich stellt sich die Frage, ob eine Sanktionierung nach Art. 49a KG zulässig ist. Art. 49a Abs. 1 KG weist einen strafrechtsähnlichen Charakter auf, weshalb dieser Artikel am Grundsatz "keine Strafe ohne Gesetz" zu messen ist (E. 9.3). Daran wird in E. 9.5 das Auslegungsresultat von Art. 49a Abs. 1 KG (E. 9.4) gemessen. Die Subsumtion erfolgt in E. 9.6 und die Sanktionsbemessung in E. 9.7. Zunächst muss allerdings die Frage beantwortet werden, ob der strittige Sachverhalt überhaupt im räumlichen Geltungsbereich des KG liegt (E. 3).

3. Räumlicher Geltungsbereich

3.1 Die Verfügung der WEKO vom 30. November 2009 stützt sich auf das KG. Die Beschwerdeführerin bestreitet, dass der Sachverhalt im räumlichen Geltungsbereich des KG liegt. Unbestritten ist vor Bundesgericht der persönliche (Unternehmen) und der sachliche Geltungsbereich (Wettbewerbsabreden).

BGE 143 II 297 S. 304

3.2

3.2.1 Nach Art. 2 Abs. 2 KG ist das Gesetz auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland veranlasst werden. Die Schweiz hat somit - wie viele andere Staaten (vgl. statt vieler DIETMAR BAETGE, Globalisierung des Wettbewerbsrechts, 2009, S. 261 ff.) - angesichts der Globalisierung des Wettbewerbs das Auswirkungsprinzip im Kartellrecht ausdrücklich übernommen. Damit erstreckt sich die Regelungsbefugnis eines Staates auch auf Verhaltensweisen, die zwar ausserhalb seiner Grenzen verübt, jedoch innerhalb des Staatsgebiets wirksam werden (vgl. etwa ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht [nachfolgend: Kartellrecht], 2. Aufl. 2005, N. 268; HÄNNI/STÖCKLI, Schweizerisches Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2013, N. 155; PATRIK DUCREY, in: VON BÜREN/MARBACH/DUCREY, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht [nachfolgend: IWR], 3. Aufl. 2008, Rz. 1262; MARTENET/HEINEMANN,

Droit de la concurrence, 2012, S. 69 f.; JENS LEHNE, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz [nachfolgend: BSK KG], Amstutz/Reinert [Hrsg.], 2010, N. 40 f. zu Art. 2 KG; MARTENET/KILLIAS, in: Commentaire romand, Droit de la concurrence [nachfolgend: Commentaire], Martenet/Bovet/Tercier [Hrsg.], 2. Aufl. 2013, N. 83 ff.zu Art. 2 KG; JÜRG BORER, Wettbewerbsrecht, Schweizerisches Kartellgesetz, Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2011, N. 20 zu Art. 2 KG; BAETGE, a.a.O., S. 271; FLORIAN WAGNER-VON PAPP, Internationales Wettbewerbsrecht (§ 11), in: Internationales Wirtschaftsrecht, Christian Tietje [Hrsg.], 2009, N. 2 zu § 11; CHRISTOPH OHLER, Die Kollisionsordnung des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 2005, S. 336; MARTIN KMENT, Grenzüberschreitendes Verwaltungshandeln, 2010, S. 116; WERNER MENG, Extraterritoriale Jurisdiktion im öffentlichen Wirtschaftsrecht, 1994, S. 503; KARL MATTHIAS MEESSEN, Völkerrechtliche Grundsätze des internationalen Kartellrechts, 1975, S. 15 ff.; siehe auch Direktion für Völkerrecht des Eidgenössischen Departements für auswärtige Angelegenheiten, VPB 45/1981 Nr. 47). Es handelt sich m.a.W. um eine exterritoriale Anwendungserstreckung . Zu unterscheiden ist zwischen dem Geltungsbereich und dem Anwendungsbereich des Rechts . Der Anwendungsbereich (= jurisdiction to prescribe; compétence normative) soll denjenigen Raum definieren, in dem sich die Tatbestände abspielen, die von der Rechtsordnung bzw. den Staatsorganen geschaffen werden, während der Geltungsbereich (= jurisdiction to enforce; compétence d'exécution)

denjenigen Bereich umschreibt, in dessen Grenzen die staatlichen Rechtsakte zusätzlich mit Staatsgewalt durchgesetzt werden können (vgl. etwa VOLKER EPPING, in: Völkerrecht, Knut Ipsen [Hrsg.], 6.Aufl. 2014, N. 70 zu § 5; KMENT, a.a.O., S. 69 f.; OHLER, a.a.O., S. 327 ff., 353; WERNER MENG, Völkerrechtliche Zulässigkeit und Grenzen wirtschaftsverwaltungsrechtlicher Hoheitsakte mit Auslandwirkung [nachfolgend: Völkerrechtliche Zulässigkeit], Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht [ZaöRV]1984 S. 675 ff., 727 f.; ANTON K. SCHNYDER, Wirtschaftskollisionsrecht, 1990, S. 61 ff.; DAHM/DELBRÜCK/WOLFRUM, Völkerrecht, Bd. I/1, 2. Aufl. 1989, S. 319).

3.2.2 Das Auswirkungsprinzip ist als solches durch die klare Positivierung in der Schweiz unumstritten (zur Entwicklungsgeschichte vgl. etwa Direktion für Völkerrecht des Eidgenössischen Departements für auswärtige Angelegenheiten, VPB 45/1981 Nr. 47; BALDI/SCHRANER, Gaba-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts als wettbewerbspolitischer Markstein [nachfolgend: SJZ 2014], SJZ 110/2014 S. 501 ff., 507; LEHNE, a.a.O., N. 48 ff. zu Art. 2 KG). Strittig ist lediglich noch, ob die Auswirkung einer gewissen Nachhaltigkeit bzw. Intensität bedarf.

3.2.3 Der Wortlaut von Art. 2 Abs. 2 KG gibt keinen Hinweis darauf, dass die Auswirkung in der Schweiz eine gewisse Intensität aufweisen muss. Das systematische Element ist diesbezüglich ebenfalls nicht hilfreich, im Gegensatz zum teleologischen Element: Das in Art. 2 Abs. 2 KG festgehaltene Auswirkungsprinzip findet seine teleologische Begründung im Schutz der nationalen Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung - Regelungsziel des KG. Handlungen solen unterbunden werden können, sofern sie negative Wirkungen auf den nationalen Markt haben (vgl. MATTHIAS HERDEGEN, Internationales Wirtschaftsrecht, 10. Aufl. 2014, § 3 Rz. 58; siehe auch BGE 118 Ia 137 E. 2c S. 143); insofern ist zum Schutz des nationalen Marktes auf Auswirkungen und nicht auf Handlungs- bzw. Unternehmensstandorte abzustellen (vgl. etwa ROLF BÄR, Extraterritoriale Wirkung von Gesetzen, in: Schweizerische Rechtsordnung in ihren internationalen Bezügen, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1988, 1988, S. 3 ff., 16; BRUNO SCHMIDHAUSER, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz [nachfolgend: Kommentar KG], 1996 [1. Lieferung]und 1997 [2. Lieferung], N. 38 zu Art. 2 KG; JÖRG PHILIPP TERHECHTE, Das Internationale Kartell- und

Fusionskontrollverfahrensrecht zwischen Kooperation und Konvergenz, ZaöRV 2008 S. 689 ff., 727; BAETGE, a.a.O., S. 269, 298; MENG, Völkerrechtliche Zulässigkeit, a.a.O., S. 683, 748, 750, 774; ECKARD REHBINDER, Internationales Wettbewerbsrecht, Internationaler Anwendungsbereich (IntWbR/IntAnwB), in: Wettbewerbsrecht [nachfolgend: Immenga/Mestmäcker][Hrsg.], Bd. I EU/Teil 1, 5. Aufl. 2012, N. 13 zu IntWbR/IntAnwB; WAGNER-VON PAPP, a.a.O., N. 6 f. zu § 11; KMENT, a.a.O., S. 117; siehe auch MEESSEN, a.a.O., S. 112); andere Anknüpfungskriterien wären zu Lasten des nationalen Marktes zu leicht manipulierbar (vgl. etwa WAGNER-VON PAPP, a.a.O., N. 7 zu § 11; MEESSEN, a.a.O., S. 149 ff.). Wann allerdings die nationale Wirtschaftsordnung des Schutzes bedarf, wann m.a.W. Auswirkungen auf den schweizerischen Markt derart sind, dass Handlungsbedarf besteht, ergibt sich nicht aus einem abstrakt formulierten Auswirkungsprinzip, sondern nur aus den einzelnen Sachnormen (vgl. ROLF H. WEBER, A. Einleitung, Geltungsbereich und Verhältnis zu anderen Rechtsvorschriften, in: Kartellrecht, SIWR Bd. V/2, 2000, S. 1 ff., 41; WEBER/ZEIER, Vertikale Wettbewerbsabreden nach schweizerischem Kartellrecht, Zeitschrift für Wettbewerbsrecht [ZWeR]2005 S. 178 ff., 179; PHILIPP ZURKINDEN, Wettbewerbsrecht, Das Kartellrecht im völker- und europarechtlichen Rahmen, in: Handbuch Internationales Wirtschaftsrecht, Kronke/Melis/Schnyder [Hrsg.], 2005, N. 8 i.f. zu M; ZURKINDEN/LAUTERBURG, Vorbemerkung zu den Artikeln 101 bis 105 AEUV/III. Anwendung auf Unternehmen in Drittstaaten, in: Europäisches Wettbewerbsrecht, Schröter/Jakob/Klotz/Mederer [Hrsg.], 2. Aufl. 2014, N. 105 ff. zu A.; WAGNER-VON PAPP, a.a.O., N. 52 zu § 11; ANTON K. SCHNYDER, Einleitung/Sachlicher, zeitlicher und räumlicher Geltungsbereich (G.), in: Münchener Kommentar, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht. Kartellrecht. Missbrauchs- und Fusionskontrolle, Bd. 1 Europäisches Wettbewerbsrecht, 2007 [1. Aufl.], S. 210 ff., N. 808 ff., 927 zu G.; WAGNER-VON PAPP/WURMNEST, Einleitung/I. Sachlicher, zeitlicher und internationaler Anwendungsbereich, in: Münchener Kommentar, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht. Kartellrecht. Missbrauchs- und Fusionskontrolle, Bd. 1 Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2015, N. 1489 ff., 1543 zu I.; MESTMÄCKER/SCHWEITZER, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2014, § 7 Rz. 71; ähnlich SCHMIDHAUSER, a.a.O., N. 40 zu Art. 2; so auch in Bezug auf das Immaterialgüterrecht nach Art. 3 Abs. 2 KG RETO M. HILTY, Lizenzverträge und Art. 5 KG [nachfolgend: Art. 5 KG], in: Das

revidierte Kartellgesetz in der Praxis [nachfolgend: Das revidierte KG], Zäch [Hrsg.], 2006, S. 27 ff., 37; BGE 118 Ia 137 E. 2c i.f. S. 143). Nur diese legen fest, wann ein Verhalten die schweizerische Wirtschaftsordnung bzw. den Wettbewerb in der Schweiz beeinträchtigt und deshalb Massnahmen zu ergreifen sind (so bereits auch BGE 118 Ia 137 E. 2c i.f. S. 143). Damit sind auch die für die Beurteilung von Auswirkungen auf den schweizerischen Wettbewerbsmarkt notwendigen vertieften Abklärungen - wie etwa die Bestimmung des relevanten Marktes - verbunden (vgl. Botschaft vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen [Kartellgesetz, KG], BBl 1995 I 468, 554 Ziff. 231 [nachfolgend: Botschaft KG I]; prägnant BORER, a.a.O., N. 9 zu Art. 5; siehe auch SCHMIDHAUSER, a.a.O., N. 40 zu Art. 2). Insofern will Art. 2 Abs. 2 KG lediglich klarstellen, dass auch Auslandssachverhalte, welche sich in der Schweiz auswirken bzw. auswirken können, unter das KG fallen. Art. 2 Abs. 2 KG hat - wie dies bereits die Botschaft KG I umschrieben hat (vgl. Botschaft KG I, BBl 1995 I 533 Ziff. 222) - somit einen weiten Geltungsbereich.

3.3 Die Beschwerdeführerin will indes bereits im Rahmen von Art. 2 Abs. 2 KG eine gewisse Intensität berücksichtigt haben. Kriterien hierfür nennt sie keine, sondern verweist generell auf die Praxis der EU und Deutschland. In der Regel sind die in der Literatur genannten Kriterien unscharf und nicht zielführend, um zu bestimmen, ob Handlungen in den Geltungsbereich fallen oder nicht (siehe etwa KMENT, a.a.O., S. 118;

BAETGE, a.a.O., S. 274, 275 f., 277 [Zusammenfassung]; WAGNER-VON PAPP, a.a.O., N. 43 ff. zu § 11; OHLER, a.a.O., S. 337 f.; HERDEGEN, a.a.O., § 3 Rz. 69). Eine Berücksichtigung einer Spürbarkeit ist im Rahmen von Art. 2 Abs. 2 KG nicht möglich: Wäre die Auffassung der Beschwerdeführerin korrekt, bedürfte es bereits bei der Beurteilung im Rahmen von Art. 2 Abs. 2 KG einer umfassenden materiellen Prüfung und nicht nur einer rudimentären Abklärung, welche die Gefahr einer willkürlichen und rechtsungleichen Behandlung in sich birgt (vgl. dazu bereits Botschaft KG I, BBl 1995 I 533 Ziff. 222; siehe auch MÜLLER/UHLMANN, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 3. Aufl. 2013, Rz. 193). Damit würde Art. 2 Abs. 2 KG unter der Hand zu Art. 5 KG mutieren. Zu berücksichtigen ist des Weiteren, dass das Schutzgut "schweizerische Wettbewerbsordnung" nach Art. 2 Abs. 2 KG nicht teilbar ist; für Inlandsachverhalte gelten die gleichen Kriterien wie für Auslandsachverhalte; beide fallen entsprechend Art. 2 Abs. 2 KG dann

unter das KG, wenn sie sich in der Schweiz auswirken bzw. auswirken können . Besondere Kriterien für Auslandsachverhalte würden das Rechtsgleichheitsgebot verletzen; werden dagegen für Inlandsachverhalte die von der Beschwerdeführerin für Auslandsachverhalte verlangten Kriterien zugrunde gelegt, werden in der Folge mindestens teilweise die Art. 5 ff. KG unterlaufen und obsolet. Schliesslich spricht auch eine Konsequenz der jurisdiction to prescribe gegen die Auffassung der Beschwerdeführerin: Die völkerrechtliche Gleichbehandlung der unterschiedlichen staatlichen Handlungsformen führt dazu, dass jeder staatliche Hoheitsakt einer hinreichenden Anknüpfung bedarf, wenn er über die nationalen Grenzen hinaus Wirksamkeit beanspruchen will. Unter die Kategorie der jurisdiction to prescribe fallen neben den Gesetzen auch Vollzugsakte und Urteile der Judikative (vgl. KMENT, a.a.O., S. 149; OHLER, a.a.O., S. 354; MENG, Völkerrechtliche Zulässigkeit, a.a.O., S. 715). Es ist also selbst dann, wenn - wie von der Beschwerdeführerin gefordert - bei einer ersten Prüfung im Rahmen von Art. 2 Abs. 2 KG eine Auswirkung festgestellt würde und der Sachverhalt unter das KG fiele, das konkret zu ergehende Urteil immer noch auf seine Völkerrechtsverträglichkeit zu überprüfen.

3.4 Mit Vertrag vom 1. Februar 1982 zwischen der Beschwerdeführerin und der Gebro (Ziff. 3.2) hat sich u.a. diese gegenüber jener verpflichtet, "die Vertragsprodukte ausschliesslich in dem ihr vertraglich zustehenden Gebiet [Österreich]herzustellen und zu vertreiben und weder direkt noch indirekt Exporte in andere Länder vorzunehmen". Während der erste Teil vordergründig nur die Herstellung und den Vertrieb der Vertragsprodukte in Österreich regelt, bezieht sich der zweite Teil auf den direkten bzw. indirekten Export in andere Länder, was auch bereits mit der erwähnten Passage "ausschliesslich [...]vertreiben" des ersten Teils insinuiert wird. Unter "andere Länder" fällt auch die Schweiz. Mit dem Lizenzvertrag wird demnach der direkte und indirekte Import in die Schweiz von Elmex rot untersagt. Damit wird möglicher Wettbewerb in Bezug auf Elmex rot auf dem schweizerischen Markt unterbunden, wie die Vorinstanz und die WEKO zu Recht festhalten. Insofern sind durch das Verhalten der Beschwerdeführerin und der Gebro mögliche Auswirkungen auf dem Schweizer Markt gegeben (siehe auch BERNHARD RAFAEL KELLER, Kartellrechtliche Schranken für Lizenzverträge, 2004, S. 122; zustimmend BALDI/SCHRANER, SJZ 2014, a.a.O., S. 507 f.; KRAUSKOPF/RUSS, Lizenzverträge und

Wettbewerbsrecht, sic! 12/2014 S. 753 ff., 757 Fn. 35). Der genannte Lizenzvertrag als Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG fällt somit unter das KG.

3.5 Die Beschwerdeführerin vertritt zudem die Auffassung, dass die von der Vorinstanz vorgenommene Auslegung dem Verbot der internationalen Einmischung widerspreche. Nach der geltenden Völkerrechtslage ist es zulässig, dass sich die Regelungsbefugnis eines Staates nicht auf die Grenzen seiner Gebietshoheit, also den räumlichen Geltungsbereich, beschränkt (vgl. HANS KELSEN, Principles of International Law, 1952 [reprint 2012], S. 209 ff.; EPPING, a.a.O., N. 69 f. zu § 5; MENG, Völkerrechtliche Zulässigkeit, a.a.O., S. 737 ff.; ANDREAS VON ARNAULD, Völkerrecht, 2. Aufl. 2014, N. 344 f.). Die Anwendungserstreckung über den räumlichen Geltungsbereich hinaus verbietet das Völkerrecht nicht . Da die Völkerrechtsordnung auf dem Willen der Gemeinschaft souveräner Staaten fusst, bleiben die Staaten grundsätzlich frei, wo nichts geregelt ist (vgl. EPPING, a.a.O., N. 70 zu § 5; MENG, Völkerrechtliche Zulässigkeit, a.a.O., S. 740). Sie unterliegen allerdings völkerrechtlichen Beschränkungen , namentlich durch das allgemeine Prinzip des Völkerrechts, wonach zwischen dem normierenden Staat und dem von ihm normierten Auslandssachverhalt eine echte Verknüpfung (genuine link , sufficient connection) vorliegen muss, mit dem der erfasste Auslandssachverhalt echt oder substantiell und hinreichend verknüpft sein muss (vgl. BÄR, a.a.O., S. 16 ff.; EPPING, a.a.O., N. 71 zu § 5; MENG, Völkerrechtliche Zulässigkeit, a.a.O., S. 740 ff.; VON ARNAULD, a.a.O. N. 345; MEESSEN, a.a.O., S. 101 ff.; VERDROSS/SIMMA, Universelles Völkerrecht, Theorie und Praxis, 3. Aufl. 1984, § 1183 ff.; DAHM/DELBRÜCK/WOLFRUM, a.a.O., S. 321; OHLER, a.a.O., S. 336 ff.). Das Auswirkungsprinzip wird völkerrechtlich als zulässiger genuine link betrachtet (vgl. etwa MENG, Völkerrechtliche Zulässigkeit, a.a.O., S. 743 ff.; MEESSEN, a.a.O., S. 101 ff., 171; ECKARD REHBINDER, Extraterritoriale Wirkungen des deutschen Kartellrechts, 1965, S. 47 ff.; BÄR, a.a.O., S. 17; VON ARNAULD, a.a.O. N. 345; BAETGE, a.a.O., S. 269, 272; VERDROSS/SIMMA, a.a.O., § 1188 f.; DAHM/DELBRÜCK/WOLFRUM, a.a.O., S. 324 f.; TERHECHTE, a.a.O., S. 729 ["gegenwärtige Dominanz"]), weshalb - entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin - offengelassen werden kann, ob das Lotus-Urteil (Publications de la cour permanente de justice internationale, Serie A, Nr. 10 [le 7 septembre 1927], Recueil des Arrêts, Affaire du Lotus) überhaupt Grundlage für das

kartellrechtliche Auswirkungsprinzip bildet. Über ein Verbot exzessiver Rechtssetzung (i.S. der jurisdiction to prescribe) durch einen Staat reicht das Völkerrecht nach dem gegenwärtigen Stand nicht hinaus. Diese Grenze ist jedenfalls noch nicht aufgrund des Umstands erreicht, dass mehrere Staaten gleichzeitig den gleichen Sachverhalt regeln (vgl. OHLER, a.a.O., S. 345; KMENT, a.a.O., S. 118). Im Gegenteil: Es ist stets möglich, dass mehrere Staaten gleichzeitig den gleichen Sachverhalt regeln. Dabei bildet Exklusivität der Zuständigkeit weder Ziel des Völkerrechts noch kann sie je nach Sachlage im Einzelfall zu allein zutreffenden Ergebnissen für die Regulierung eines internationalen Sachverhalts führen. Dies bildet einen grundlegenden Unterschied zum Privatrecht (vgl. etwa OHLER, a.a.O., S. 345 f.; EPPING, a.a.O., N. 75 zu § 5; KMENT, a.a.O., S. 72, 104 ff.; BAETGE, a.a.O., S. 286; siehe auch MESTMÄCKER/SCHWEITZER, a.a.O., § 7 Rz. 72 ff.; WERNER MENG, Neuere Entwicklungen im Streit um die Jurisdiktionshoheit der Staaten im Bereich der Wettbewerbsbeschränkungen, ZaöRV 1981 S. 469 ff., 504 f.). Zwar statuiert das Völkerrecht gewisse Beschränkungen bei der jurisdiction to prescribe. Mit Art. 2 Abs. 2 KG verletzt - wie noch zu zeigen sein wird (E. 8) - die Schweiz das völkerrechtliche Verbot exzessiver Rechtssetzung nicht. Angesichts dieses Umstands kann die Beschwerdeführerin aus dem Völkerrecht auch nichts zu ihren Gunsten folgern.

3.6 Inwieweit die Auslegung der Vorinstanz im Widerspruch zu Art. 96 BV und dem konkretisierenden Zweckartikel in Art. 1 KG steht, führt die Beschwerdeführerin nicht aus; es ist deshalb nicht darauf einzugehen. Hinzuweisen ist indes darauf, dass - wie dargestellt - das Auswirkungsprinzip anerkanntermassen gerade im Zweck des Kartellrechts seine ordnungspolitische Begründung erhält (siehe auch WALTHER HABSCHEID, Territoriale Grenzen der staatlichen Rechtssetzung, in: Referate und Diskussionen der 12. Tagung der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht in Bad Godesberg vom 14. bis 16. Juni 1971, 1973, S. 47 ff., 59 f.).

3.7 Zusammenfassend ist festzuhalten: Bei der Beurteilung des räumlichen Geltungsbereichs eines Erlasses ist zwischen dem nationalen Recht und dem Völkerrecht zu unterscheiden. Art. 2 Abs. 2 KG stellt dabei - entsprechend dem Ziel des KG: Schutz des nationalen Wettbewerbsmarktes - lediglich klar, dass auch Auslandssachverhalte, welche sich in der Schweiz auswirken können, unter das KG

fallen; die Prüfung einer bestimmten Intensität der Auswirkungen ist im Rahmen von Art. 2 Abs. 2 nicht notwendig und auch nicht zulässig. Das Auswirkungsprinzip stellt grundsätzlich einen genügenden genuine link für die Regelung von Auslandssachverhalten dar. Mit Art. 2 Abs. 2 KG verletzt die Schweiz das völkerrechtliche Verbot exzessiver Rechtssetzung nicht.

4. Keine Beseitigung wirksamen Wettbewerbs

4.1 Mit dem Kartellgesetz sollen nach Art. 1 volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen verhindert und damit der Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung gefördert werden. Die Durchsetzung dieses Ziels soll mit den materiellrechtlichen Bestimmungen des 2. Kapitels des KG erfolgen. Dazu gehören u.a. auch Regelungen über unzulässige Wettbewerbsabreden nach Art. 5 KG. Als Wettbewerbsabreden gelten rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (vgl. Art. 4 Abs. 1 KG). Allerdings sind nicht alle Wettbewerbsabreden unzulässig i.S. von Art. 5 KG (vgl. etwa Botschaft KG I, BBl 1995 I 553 Ziff. 231, 555 Ziff. 231.1; BGE 129 II 18 E. 3 S. 22). Unzulässig sind nach Art. 5 Abs. 1 KG einerseits Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz nach Art. 5 Abs. 2 rechtfertigen lassen, sowie andererseits Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen. In diesem Fall ist eine Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz ausgeschlossen (vgl. Botschaft KG I, BBl 1995 I 555; ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., N. 439; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. 2011, § 21 N. 40; BORER, a.a.O., N. 3, 28, 44 zu Art. 5 KG; WEBER/VOLZ, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, 2013, Rz. 2.176; BGE 129 II 18 E. 3 S. 23). Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs kann zum einen direkt nachgewiesen werden; sie kann sich zum anderen auch über die vom Gesetzgeber in Art. 5 Abs. 3 KG aufgelisteten Tatbestände für horizontale bzw. über die von ihm in Art. 5 Abs. 4 KG für vertikale Abreden vorgesehenen Tatbestände ergeben, bei denen vermutet wird, dass wirksamer Wettbewerb beseitigt wird. Der Vermutungsmechanismus von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG führt dazu, dass sich die

Beurteilung von Einzelfällen auf zwei Fragen konzentriert (vgl. WALTER A. STOFFEL, Wettbewerbsabreden, in: Kartellrecht, SIWR Bd. V/2, 2000, S. 55 ff., 115; Botschaft KG I, BBl 1995 I 565 Ziff. 231.4; ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., N. 448; YVO HANGARTNER, Unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen durch vertikale Abreden [nachfolgend: sic! 2005], sic! 7+8/2005 S. 609 ff., 610; WEBER/ZEIER, a.a.O., S. 183): zunächst auf die Frage des Vorliegens des Vermutungstatbestands, also des Tatbestands von Art. 5 Abs. 3 bzw. 4 KG; sodann auf die Frage der Widerlegung der Vermutung, d.h. auf die Frage, ob trotz Vorliegens des Vermutungstatbestands im konkreten Fall wirksamer Wettbewerb besteht, was durch genügenden Innen- (Handlungsfreiheit der

an der Wettbewerbsabrede Beteiligten ist nicht beschränkt) oder genügenden Aussenwettbewerb (Handlungsfreiheit eines durch die Abrede betroffenen Dritten ist nicht beschränkt) zu erbingen ist (BGE 129 II 18 E. 8.1 S. 35; Botschaft KG I, BBl 1995 I 565 i.V.m. 556; ANDREA DOSS, Vertikalabreden und deren direkte Sanktionierung nach dem schweizerischen Kartellgesetz, 2009, Rz. 216 ff., 220 ff.; ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., N. 487, siehe auch N. 476 f., 478 ff.; BORER, a.a.O., N. 30 zu Art. 5 KG; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.272 ff.; Botschaft KG I, BBl 1995 I 565 Ziff. 231.4).

4.2 Eine Beseitigung wirksamen Wettbewerbs liegt nicht vor: Vor Bundesgericht - wie auch bereits vor Vorinstanz - ist die Widerlegung der Vermutung nach Art. 5 Abs. 4 KG unbestritten. Eine Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs durch einen direkten Nachweis ist nicht erbracht und auch nicht reklamiert worden; sie ist auch sonst wie nicht ersichtlich. Ob im Rahmen der Widerlegung der Vermutung nach Art. 5 Abs. 4 KG Aussenwettbewerb nur durch genügend Intrabrand -Wettbewerb nachgewiesen werden kann (vgl. ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., N. 476; DOSS, a.a.O., Rz. 247; HANGARTNER, sic! 2005, a.a.O., S. 611; ADRIAN KÜNZLER, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit, 2008, S. 387; HILTY, Art. 5 KG, a.a.O., S. 47 f., 70) oder daneben auch der Interbrand-Wettbewerb zu berücksichtigen ist, kann hier deshalb offengelassen werden.

5. Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs auf einem Markt Führt die Abrede zu keiner Beseitigung wirksamen Wettbewerbs, so ist zu prüfen, ob sie den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen nach Art. 5 Abs. 1 KG erheblich beeinträchtigt (vgl. etwa WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.308, 2.313; HÄNNI/STÖCKLI, a.a.O., N. 222). Trifft dies zu, so ist in einem nächsten Schritt

zu prüfen, ob die Abrede durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden kann (Art. 5 Abs. 2 KG; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.310; HÄNNI/STÖCKLI, a.a.O., N. 222; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, a.a.O., § 20 Rz. 42). Zunächst ist allerdings zu beantworten, was mit erheblich gemeint ist (E. 5.1-5.3) und was beeinträchtigen heisst (E. 5.4). Schliesslich muss die erhebliche Beeinträchtigung auf einem Markt erfolgen (E. 5.5).

5.1 Erheblichkeit: Auslegung des Begriffs

5.1.1 Der Wortlaut der Begriffe "erheblich", "notable" und "notevole" erschliesst für sich genommen noch nicht, was sie bedeuten; immerhin lässt sich - vor allem aus den Begriffen der romanischen Sprachen - folgern, dass bereits ein geringes Mass für eine Erheblichkeit genügend ist (vgl. ANDREAS HEINEMANN, Die Erheblichkeit bezweckter und bewirkter Wettbewerbsbeschränkungen [nachfolgend: Erheblichkeit], Jusletter 29. Juni 2015 Rz. 10, 12 = in: Grundlegende Fragen zum Wettbewerbsrecht, Hochreutener/Stoffel/Amstutz [Hrsg.], 2016, S. 7 ff., 11 f.; zum Ganzen auch RALF MICHAEL STRAUB, Die Erheblichkeit von Wettbewerbsbeeinträchtigungen, AJP 2016 S. 559 ff., 561).

5.1.2 Näheren Aufschluss über die intendierte Bedeutung der Begriffe gibt in allen Sprachen die Botschaft KG I (BBl 1995 I 554; FF 1995 I 472 ff., 551; FF 1995 I 389 ff., 443). Sie bezeichnet das Kriterium der Erheblichkeit ausdrücklich als Bagatellklausel : "Von den materiellen Bestimmungen des Gesetzesentwurfs soll nicht jede geringfügige Beeinträchtigung des Wettbewerbs erfasst werden. Mit Bagatellen sollen sich die Wettbewerbsbehörden nicht beschäftigen müssen. In einem ersten Schritt sind folglich die unerheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigungen auszuscheiden." Etwas später im Text folgt sodann ein ausdrücklicher Hinweis auf die Erheblichkeits- und Spürbarkeitskriterien ausländischer Kartellgesetze (Botschaft KG I, BBl 1995 554 Ziff. 231.1), womit vor allem auf das Spürbarkeitskriterium des EU-Rechts Bezug genommen wird (vgl. Botschaft KG I, BBl 1995 554 i.V.m. 531; siehe etwa auch HEINEMANN, Erheblichkeit, a.a.O., Rz. 11 bzw. S. 12;

MARINO BALDI, "Zweimal hü und zweimal hott" beim Schweizer Kartellgericht. Nach dem Altimum-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts zur Erheblichkeit [nachfolgend: "hü und hott"], AJP 2016 S. 315 ff., 319;HAGER/MURER, Wie hast du's mit der Erheblichkeit? Zur kartellrechtlichen Gretchenfrage vor dem Bundesgericht, recht 2015 S. 197 ff., 205). Gestützt auf das historische Auslegungselement lässt sich folgern, dass das

Kriterium der Erheblichkeit die Verwaltung entlasten soll und an gleichläufige Kriterien anderer Rechtsordnungen, insbesondere des EU-Rechts, anknüpft.

5.1.3 Aus systematischer Sicht sind zwei Aspekte - ein gesetzessystematischer und ein inner-Art. 5-systematischer - hervorzuheben: Im ersten Abschnitt des zweiten Kapitels werden die unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen geregelt, welche unzulässige Abreden (Art. 5 KG) und unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen (Art. 7 KG) sind. Während für diese ausdrücklich eine marktbeherrschende Stellung verlangt wird, fehlt ein solcher Hinweis für jene. Dass dies nicht auf einem Versehen beruht, bestätigen auch die Begriffsbestimmungen (Art. 4 KG): Die Qualifikation eines Unternehmens als marktbeherrschend erfüllt für Art. 7 KG dieselbe Funktion als Aufgreifkriterium wie dies die Erheblichkeit für Art. 5 KG leistet (vgl. KÜNZLER, a.a.O., S. 347). Insofern bedarf es für die Prüfung von Abreden nach Art. 5 Abs. 1 KG nicht nur keiner marktbeherrschenden Stellung oder Marktmacht (vgl. BORER, a.a.O., N. 19 zu Art. 5 KG; STRAUB, a.a.O., S. 562). Vielmehr wäre das Abstützen auf eine solche Stellung gesetzeswidrig und damit unzulässig. Art. 5 Abs. 1 und 2 KG unterscheiden sodann klar zwischen erheblicher Beeinträchtigung und Rechtfertigung durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz. Insofern kann in der Erheblichkeitsprüfung nicht bereits die Effizienzprüfung enthalten sein, weshalb Art. 5 Abs. 1 erster Halbsatz KG eine auf volkswirtschaftliche Wirkung abstellende Erheblichkeitsprüfung nicht zulässt; die gesetzlich vorgesehene Effizienzprüfung würde keinen Sinn mehr ergeben (vgl. BALDI/BORER, Das neue schweizerische Kartellgesetz - Bestimmungen über Wettbewerbsabreden und marktbeherrschende Unternehmen, Wirtschaft und Wettbewerb [WuW]1998 S. 343 ff., 349;BORER, a.a.O., N. 19, 46 i.i. zu Art. 5 KG; BALDI/SCHRANER, 20 Jahre - und kein bisschen weiter?, Zum wettbewerbspolitischen Verständnis von Art. 5 Kartellgesetz [nachfolgend: 20 Jahre], AJP 2015 S.1529 ff., 1535; so auch KÜNZLER, a.a.O., S. 345).

5.1.4 Zweck der Regelung von Art. 5 Abs. 1 KG bildet zunächst die Aussonderung unerheblicher Fälle von erheblichen Fällen, um damit die Verwaltung zu entlasten (vgl. Botschaft KG I, BBl 1995 I 554 Ziff. 231.1). Dies rechnet sich für die Verwaltung indes nur dann, wenn das Abgrenzungskriterium einfach ist. Anders zu entscheiden würde mangels vorhandener Kriterien keine Entlastung für die Behörde bedeuten, was sich offensichtlich auch in der älteren

Praxis der WEKO zeigt. Insofern kann die Vornahme einer umfassenden und differenzierten Beurteilung von Wettbewerbsabreden im Einzelfall anhand des Erheblichkeitsmerkmals vom Gesetzgeber nicht vorgesehen sein (vgl. STRAUB, a.a.O., S. 564). Dafür spricht auch, dass nach Art. 6 KG nur für die Effizienzprüfung konkretisierende Vorschriften zu erlassen sind. Das Kartellgesetz ist sodann dem Schutz wirksamen Wettbewerbs verpflichtet; Schutzobjekt ist der wirksame Wettbewerb (vgl. Botschaft KG I, BBl 1995 I 511 ff. Ziff. 143.3; z.B. BORER, a.a.O., N. 18 ff. zu Art. 1 KG; BALDI/SCHRANER, 20 Jahre, a.a.O., S. 1531). Dieser ist entsprechend Art. 5 KG zentraler Prüfungsmassstab und Markstein für die Beurteilung von Wettbewerbsabreden (BORER, a.a.O., N. 18 zu Art. 1 KG; BALDI/BORER, a.a.O., S. 344). Demzufolge steht bei der Beurteilung

von Wettbewerbsabreden nach Art. 5 KG die Wirkung auf den Wettbewerb und nicht die volkswirtschaftliche Bedeutung einer Beeinträchtigung im Fokus; eine auf volkswirtschaftliche Wirkung abstellende Erheblichkeitsprüfung ist demnach nicht zulässig (vgl. BORER, a.a.O., N. 19 zu Art. 5 KG; BALDI/BORER, a.a.O., S. 349; ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., N. 397).

5.1.5 Aus Art. 96 BV lassen sich in Bezug auf die Funktion der erheblichen Beeinträchtigung keine Schlüsse ziehen, denn der Verfassung muss nicht das Kriterium für sich genügen, sondern das Zusammenspiel von Art. 5 Abs. 1 und 2 KG gerecht werden.

5.1.6 Zusammenfassend ergibt sich Folgendes: Der Wortlaut gibt keine Anhaltspunkte, wie der Begriff der Erheblichkeit zu verstehen ist; immerhin lässt sich folgern, dass schon ein geringes Mass ausreichend ist, um als erheblich qualifiziert zu werden. Nach dem historischen Auslegungselement ist das Kriterium der Erheblichkeit eine Bagatellklausel. Sowohl das systematische als auch das teleologische Element bestätigen dies.

5.2 Erheblichkeit: Materieller Gehalt
Zu beantworten bleibt noch, wie der Begriff der Erheblichkeit inhaltlich zu füllen ist oder m.a.W. wann die Bagatellschwelle erreicht ist.

5.2.1 Aus der bisherigen Auslegung kann Folgendes mitgenommen werden: Mit der Erheblichkeitsschwelle soll die Verwaltung entlastet werden, was mit einer umfassenden und differenzierten Beurteilung nicht erfolgen kann, wozu im Übrigen auch die verfassungsrechtlich verlangten Konkretisierungen fehlen. Insofern ist eine

quantitative, auf ökonomische Modelle abgestützte Methode zur Bestimmung von Marktanteilen oder Umsätzen weniger geeignet, die Aufgreifschwelle in der gebotenen zeitlichen Kürze zu bestimmen (so auch ANJA WALKER, Globalisierungstaugliches Schweizer Kartellrecht, Jusletter 10. Februar 2014 C.III. [ohne Rz.]). Bereits ausder bisherigen Auslegung folgt demnach, dass qualitative Kriterien , die sich aus dem Gesetzestext ableiten lassen, zu bevorzugen sind.

5.2.2 Anerkannt ist, dass die Erheblichkeitsschwelle mit quantitativen und mit qualitativen Kriterien bestimmt werden kann (vgl. BGE 129 II 18 E. 5.2.1 S. 24). Daraus folgt indes keineswegs, dass es sowohl einer quantitativen als auch einer qualitativen Erheblichkeit bedarf. Vielmehr verlangt Art. 5 Abs. 1 KG, der nur von "erheblich beeinträchtigen" spricht und nicht zwischen zwei Erheblichkeiten unterscheidet, nur eine Erheblichkeit (vgl. BALDI, "hü und hott", a.a.O., S. 319; STRAUB, a.a.O., S. 567). Diese kann zwar sowohl quantitativ als auch qualitativ bestimmt werden, doch bleibt die zu erreichende Güte zur Bestimmung der Aufgreifschwelle in einem Fall insgesamt gleich. Ist deshalb das qualitative Element sehr gewichtig, so bedarf es kaum eines quantitativen Elements. Gibt es demgegenüber keine qualitativen Elemente oder nur solche mit geringem Gewicht, so ist die Erheblichkeitsschwelle (vor allem) durch quantitative Elemente zu bestimmen. Quantitative und qualitative Erheblichkeit verhalten sich demnach wie zwei kommunizierende Röhren.

5.2.3 Zur näheren Konkretisierung des Inhalts der Erheblichkeit ist aus historischer Sicht auf die parlamentarischen Debatten zur Änderung des Kartellgesetzes in den Jahren 2002 und 2003 zu verweisen. So hat die NR-Kommissionssprecherin Fässler im Rahmen der Debatte zum vorgeschlagenen Art. 5 Abs. 4 KG darauf hingewiesen, dass "die WEKO [...]in ihrer Bekanntmachung vom 19. Februar 2002 zwar aufgeführt [habe], was sie in diesem Bereich alserhebliche Wettbewerbsbeschränkungen erachtet. Wenn nun die Vertikalabsprachen nicht ins Kartellgesetz aufgenommen würden, dann könnten auch keine direkten Sanktionen dagegen ergriffen werden" (AB 2002 N 1440). Auch Meier-Schatz hat verlangt, dass "die gesetzliche Verankerung der Bekanntmachung der WEKO im Bereich der Vertikalabsprachen [zu erfolgen habe]. [...]Wichtig ist, dasswir

in diesem Bereich [scil. Vertikalabsprachen], und zwar explizit, den Wettbewerb zulassen und Preisbindungen und Marktabschottungen verhindern" (AB 2002 N 1295). Sowohl Bundesrat

Couchepin als auch Bundesrat Deiss nehmen ausdrücklich Bezug auf die Ausführungen der Bekanntmachung der Wettbewerbskommission vom 18. Februar 2002 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (nachfolgend: VertBek 2002; BBl 2002 3895) zur Erheblichkeit aufgrund des Gegenstandes und konstatieren, dass für vertikale Abreden somit Rechtssicherheit bestünde (AB 2002 N 1298 bzw. AB 2003 S 323). Auch haben die Parlamentarier in verschiedenen Voten ausdrücklich auf gewisse Gegenstände von Abreden , wie etwa den absoluten Gebietsschutz (z.B. Schiesser und Büttiker, AB 2003 S 329 bzw. 330), Bezug genommen, die in jedem Fall nicht toleriert werden können. Insofern folgt aus dem mehrfach explizit oder implizit geäusserten Willen, die VertBek 2002 materiell ins Gesetz zu übernehmen, dass gewisse Abreden bereits aufgrund ihres Gegenstandes erheblich (vgl. Ziff. 3 VertBek 2002) sind. Bereits 1995 ging auch der Bundesrat davon aus, dass nach Widerlegung der Vermutung einer Beseitigung des Wettbewerbs in der Regel eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung vorliegt (vgl. Botschaft KG I, BBl 1995 I 566 Ziff. 231.4).

5.2.4 Aus systematischer Sicht ist vor allem auf Art. 5 Abs. 3 und 4 KG zu verweisen. Danach sind Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen, über die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen oder über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern (Abs. 3) und Abreden über Mindest- oder Festpreise sowie Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden (Abs. 4), besonders schädlich , da der Gesetzgeber davon ausgegangen ist, dass diese vermutungsweise den wirksamen Wettbewerb beseitigen. Die Widerlegung der Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs ändert an der Qualifikation der Abrede nichts, denn die Widerlegung der Vermutung bezieht sich aufgrund des geglückten Haupt- bzw. des missglückten Gegenbeweises nicht auf die Abrede (als Vermutungsbasis) selbst, sondern lediglich auf den wirksamen Wettbewerb, da nachzuweisen (Beweis des Gegenteils) ist, dass trotz der Abrede wirksamer Wettbewerb besteht. Ändert die Widerlegung der Vermutung somit nichts an der Qualifikation der Abrede, so sind die in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG aufgeführten Abreden notwendigerweise nach wie vor besonders schädlich: die besonders schädliche Qualität bleibt bestehen (in diesem Sinn auch FREDY GUJER, Parallelimporte patentrechtlich geschützter Güter -

missbräuchliche Zustimmungsverweigerung des Schutzrechtsinhabers, 2005, S. 135; KÜNZLER, a.a.O., S. 347). Da die Qualität der Schädlichkeit der Abrede sich auf die Folgen auswirkt (beeinträchtigen bzw. beseitigen), sind somit die besonders schädlichen Abreden, die zu einer Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs führen können, notwendigerweise auch solche, die zu einer erheblichen Beeinträchtigung führen können (in diesem Sinne auch KÜNZLER, a.a.O., S. 347 f.; siehe auch GUJER, a.a.O., S. 134 f.; WEBER/ZEIER, a.a.O., S. 191, 192; BALDI/SCHRANER, SJZ 2014, a.a.O., S. 510; ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., N. 395, 397; WALKER, a.a.O.; BORER, a.a.O., N. 44 zu Art. 5 KG). Dies bestätigt auch die Auslegung von Art. 49a Abs. 1 KG (siehe E. 9.4). Neben der Entlastung der Verwaltung bezweckt Art. 5 KG auch eine Erleichterung der "Kontrolle[n]der Wettbewerbsabreden"(Botschaft KG I, BBl 1995 I 564 Ziff. 231.4). Aus diesen Gründen ist es naheliegend, dass vom Gesetzgeber getroffene, grundsätzliche materielle Einschätzungen auf keiner Abarbeitungsstufe unbeachtet bleiben sollen. Gleichzeitig wird damit im Übrigen auch Rechtssicherheit gewonnen.

Unternehmen wissen aufgrund des Gegenstands ihrer Abrede, ob sie unter den Tatbestand von Art. 5 Abs. 1 KG fallen.

5.2.5 Zusammenfassend ergibt sich somit: Bereits aus der Bedeutung des Erheblichkeitskriteriums folgt, dass qualitative Kriterien, die sich aus dem Gesetzestext ableiten lassen, zu bevorzugen sind. Das historische Auslegungselement bestätigt dies, insbesondere dadurch, dass explizit oder implizit mehrfach der Wille geäussert wurde, die VertBek 2002 materiell ins Gesetz zu übernehmen. Damit sind gewisse Abreden grundsätzlich bereits aufgrund ihres Gegenstandes erheblich . Unbestritten waren in jedem Fall die in Art. 5 Abs. 4 KG aufgelisteten Abreden. Bereits 1995 hat der Bundesrat zudem ausgeführt, dass die Abreden im Vermutungstatbestand in der Regel erheblich sind. Sowohl das systematische als auch das teleologische Auslegungselement führen ebenfalls zum Schluss, dass die in Art. 5 Abs. 3 und 4 aufgeführten besonders schädlichen Abreden in der Regel die Erheblichkeitsschwelle erreichen. Wo genau die Erheblichkeitsschwelle bei Wettbewerbsbeeinträchtigungen liegt, welche nur oder vorwiegend mit quantitativen Elementen bestimmt werden kann, braucht im vorliegenden Fall nicht beantwortet zu werden.

BGE 143 II 297 S. 319

5.3 Rügen der Beschwerdeführerin
Was die Beschwerdeführerin dagegen vorbringt, vermag, soweit es nicht bereits aufgrund der Auslegung obsolet geworden ist, nicht zu überzeugen.

5.3.1 Mit dieser Auslegung wird kein Teilkartellverbot geschaffen. Die strittige Abrede ist nicht bereits mit der Feststellung, dass sie erheblich ist, unzulässig. Sie ist es erst dann, wenn sie sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz i.S. von Art. 5 Abs. 2 KG rechtfertigen lässt.

5.3.2 Zwar trifft es zu, dass vertikale Abreden je nach Kontext wettbewerbsintensivierende oder wettbewerbsbeschränkende Wirkung haben können (in Bezug auf Technologietransfer-Vereinbarungen vgl. z.B. ANDREAS FUCHS, F. Verordnung (EG) Nr. 772/2004 der Kommission vom 27. April 2004 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag auf Gruppen von Technologietransfer-Vereinbarung [TT-GVO], in: Immenga/Mestmäcker, a.a.O., S. 1425 ff., N. 7 zu Einl. TT-GVO; BECHTOLD/BOSCH/BRINKER/HIRSBRUNNER, EG-Kartellrecht, Kommentar, 2. Aufl. 2009, S. 590 f. Rz. 1; allgemein vgl. etwa ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., N. 361; HILTY/FRÜH, Potenzial und Grenzen der Revision von Art. 5 KG [nachfolgend: Potenzial], in: Revision des Kartellgesetzes. Kritische Würdigung der Botschaft 2012 durch Zürcher Kartellrechtler, Zäch/Weber/Heinemann [Hrsg.], 2012, S. 81 ff., 87; KÜNZLER/HEIZMANN, Art. 5 Abs. 4 des schweizerischen Kartellgesetzes im Lichte der Leegin-Entscheidung des U.S. Supreme Court, in: Methodische und konzeptionelle Grundlage des Schweizer Kartellrechts im europäischen Kontext [nachfolgend: Schweizer Kartellrecht und Europa], Weber/Heinemann/Vogt [Hrsg.], 2009, S. 133 ff., 138 ff., 140 ff., 142 ff., 147 f. [mehrheitlich wettbewerbsschädliche Wirkung]). Indem die in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG erfassten Abreden grundsätzlich erheblich sind, wird indes eine Einzelfallbeurteilung nicht verunmöglicht. Eine solche erfolgt im Rahmen der Effizienzprüfung, wo auch beurteilt werden kann, ob eine wettbewerbsbeschränkende Abrede im Ergebnis positive Wirkungen hat (vgl. HILTY/FRÜH, Vertikalvereinbarungen im schweizerischen Kartellrecht - übersehene Probleme einer volkswirtschaftlichen Insel [nachfolgend: sic! 2010], sic! 12/2010 S. 877 ff., 882 f; BALDI/SCHRANER, SJZ 2014, a.a.O., S. 510; BORER, a.a.O., N. 46 zu Art. 5 KG).

5.3.3 Nach Auffassung der Beschwerdeführerin erfolge mit dem vorinstanzlichen Urteil eine rechtswidrige Praxisänderung: eine

Änderung der Praxis der WEKO. Die Beschwerdeführerin nimmt dabei Bezug auf die Vertikalbekanntmachung vom 28. Juni 2010 (nachfolgend: VertBek 2010; BBl 2010 5078), um auszuführen, dass diese anwendbar sei und für die Bestimmung der Erheblichkeit immer "sowohl qualitativ wie auch quantitative Kriterien" zu berücksichtigen seien (Ziff. 12 Abs. 1 erster Satz). Dazu ist Mehrfaches zu bemerken: Erstens ist aus intertemporalrechtlicher Sicht die VertBek 2002 anwendbar. Entsprechend dem hier analog anwendbaren Hauptsatz des intertemporalen Rechts wirken Rechtssätze für die zur Zeit ihrer Geltung sich ereignenden Sachverhalte (vgl. ALFRED KÖLZ, Intertemporales Verwaltungsrecht, ZSR 1983 II S. 101 ff., 160 und 204; siehe auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, Rz. 293; BGE 140 V 136 E. 4.2.1 i.i. S. 139; ähnlich Ziff. 19 VertBek 2010). Das zu beurteilende Verhalten der Beschwerdeführerin dauerte nur bis zum 1. September 2006 und die VertBek 2010 trat erst am 1. August 2010 in Kraft. Zweitens bilden die Bekanntmachungen die Praxis der WEKO ab und stellen eine Verwaltungsverordnung dar (siehe dazu etwa BORER, a.a.O., N. 3 zu Art. 6 KG; WIEDERKEHR/RICHLI, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts 2012, Rz. 459 m.w.H.; zu Rundschreiben der FINMA siehe BGE 141 II 103 E. 3.5 S. 108). Insofern stellt gerade eine Änderung einer Bekanntmachung eine Praxisänderung dar, die nur unter besonderen Bedingungen überhaupt möglich ist (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 598). Drittens - als wichtigster Punkt - verkennt die Beschwerdeführerin, dass weder die Vorinstanz noch das Bundesgericht bei der Auslegung und Anwendung von Rechtsnormen an die Praxis der Verwaltungsbehörden gebunden ist, andernfalls der verfassungsrechtlich gewährleistete Rechtsschutz auf richtige Anwendung des Rechts unterlaufen würde. Die Gerichte sind unter gewissen Voraussetzungen lediglich an ihre eigene Praxis gebunden (vgl. etwa THIERRY TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2011, Rz. 361). Insofern ist die Verwaltungsverordnung für die richterliche Auslegung nicht bindend (siehe BGE 136 II 415 E. 1.1 S. 417; WIEDERKEHR/RICHLI, a.a.O., Rz. 459 m.w.H.).

5.3.4 Zur Begründung ihres Entscheids hat die Vorinstanz infolge des Normsinns auf die gleiche Rechtslage in der Europäischen Union verwiesen. Die Beschwerdeführerin macht dazu geltend, dass dies

nicht überzeuge, da das schweizerische Recht auf dem Missbrauchs-, das EU-Recht dagegen auf dem Verbotsprinzip aufbaue. Diese Auffassung ist missverständlich: Aus Art. 96 BV folgt lediglich, dass nicht die Wettbewerbsbeschränkung als solche, sondern Missbräuche und Auswüchse - wie im Übrigen auch bei anderen Verfassungsbestimmungen (z.B. Art. 119, 120 BV) - bei der Praktizierung von Wettbewerbsbeschränkungen bzw. der Missbrauch der Wirtschaftsfreiheit der Bezugspunkt der Kartellgesetzgebung sind, wobei diese Begriffe objektiv zu verstehen sind (vgl. RHINOW/BIAGGINI, Verfassungsrechtliche Aspekte der Kartellgesetzrevision, in: Grundfragen der schweizerischen Kartellrechtsreform, Zäch/Zweifel [Hrsg.], 1995, S. 93 ff., 102 f.; RHINOW/GUROVITS, Gutachten über die Verfassungsmässigkeit der Einführung der direkten Sanktionen im Kartellgesetz zuhanden des Generalsekretariats des EVD, RPW 2001/3 S. 592 ff., 606; ANDREAS HEINEMANN, Konzeptionelle Grundlagen des Schweizer und EG-Kartellrechts im Vergleich [nachfolgend: Grundlagen], in: Schweizer Kartellrecht und Europa, a.a.O., S. 43 ff., 46, 67). Aus Art. 96 BV folgt im Interesse der Verhinderung der in Absatz 1 genannten volkswirtschaftlich oder sozial schädlichen Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen kein "Verbot der Verbotsgesetzgebung" (vgl. BGE 135 II 60 E. 3.1.1 S. 67; RHINOW/BIAGGINI, a.a.O., S. 109; HEINEMANN, Grundlagen, a.a.O., S. 47; HILTY/FRÜH, Potenzial, a.a.O., S. 99). Verbote von schädlichen Verhaltensweisen sind durchaus zulässig (vgl. BGE 135 II 60 E. 3.1.1 S. 67), was der Gesetzgeber u.a. in Art. 5 Abs. 1 und 7 Abs. 1 KG legiferiert hat: Gewisse Abreden und gewisses Verhalten sind von Gesetzes wegen unzulässig. Mit der direkten Sanktionie-

rung nach Art. 49a KG von Verstössen gegen Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG und von Verhalten nach Art. 7 KG werden die verfassungsrechtlichen Vorgaben respektiert. In der Sache selbst trifft die Auffassung der Beschwerdeführerin ebenfalls nicht zu. Zunächst ist festzuhalten, dass sich das schweizerische und das europäische Recht in den letzten Jahren angenähert haben (vgl. etwa ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., N. 129, 347; WALTER A. STOFFEL, Systeme des schweizerischen Wettbewerbsrechts/Kartellrecht, in: Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Handbücher für die Anwaltspraxis, Bd. IX [nachfolgend: HAP IX], 2005, S. 4 ff., 19 [Rz. 1.46];HEINEMANN, Grundlagen, a.a.O., S. 50, 55, 57 f.; HILTY/FRÜH, Potenzial, a.a.O., S. 99). In Bezug auf vertikale Abreden verkennt die Beschwerdeführerin sodann, dass der

Wertungsgehalt der Vertikalabreden im KG mit demjenigem im europäischen Recht praktisch deckungsgleich ist, auch wenn der Regelungsmechanismus nicht derselbe ist (vgl. etwa OECD, The role of competition policy in regulatory reform, 2006, S. 12; KRAUSKOPF/GRABER, Die neue Vertikalbekanntmachung - Ein Leitfaden für Praktiker, sic! 11/2008 S. 781 ff., 790 f., 798; MARTENET/HEINEMANN, a.a.O., S. 92; HILTY/FRÜH, sic! 2010, a.a.O., S. 882 f., 885 f. mit dem prägnanten Prüfungsschema; KÜNZLER, a.a.O., S. 339; KRAUSKOPF/SCHALLER, in: BSK KG, a.a.O., N. 167, 172 ff., 178 zu Art. 5 KG; DOSS, a.a.O., Rz. 243 f.; DUCREY, IWR, a.a.O., Rz. 1413). Fehl geht auch der Bezug zur amerikanischen rule of reason, mit der in Ermangelung ausführlicher gesetzlicher Bestimmungen das weitreichende Kartellverbot des Sherman Act (Per-se Verbot) auf ein vernünftiges Mass reduziert werden sollte (vgl. HILTY/FRÜH, sic! 2010, a.a.O., S. 882; KÜNZLER/HEIZMANN, a.a.O., S. 145). Das schweizerische Kartellrecht soll sich - wie noch darzulegen sein wird (E. 6.2.3) - bei vertikalen Abreden am EU-Recht orientieren, das die Einschränkungen durch das Zusammenspiel von Art. 81 Abs. 1 und 3 des Vertrags zur Gründung der europäischen Gemeinschaft ([Amsterdam, konsolidierter Fassung]; EGV; ABl. C 940 vom 10. November 1997 S. 173) bzw. Art. 101 Abs. 1 und 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV; ABl. C 326 vom 26. Oktober 2012 S. 47) rechtssatzmässig ausformuliert hat (siehe z.B. JOSEF DREXL, Die neue Gruppenfreistellungsverordnung über Technologietransfer-Vereinbarungen im Spannungsfeld von Ökonomisierung und Rechtssicherheit, GRUR International 2004 S. 716 ff., 717 m.w.H.) und eine rule of reason explizit nicht übernommen hat (vgl. HILTY/FRÜH, sic! 2010, a.a.O., S. 882). Insofern bringt der Hinweis auf die rule of reason für den vorliegenden Zusammenhang keine weiterführenden Erkenntnisse.

5.3.5 Die Beschwerdeführerin vertritt sodann die Auffassung, dass das Auslegungsresultat, wonach vertikale Abreden, die einen absoluten Gebietsschutz vorsehen, als erheblich gelten, gegen Verfassungsrecht verstossen würde: sie moniert eine Verletzung von Art. 96 BV, des Gewaltenteilungsprinzips und des Grundrechts der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV). Bei der Auslegung des Kartellgesetzes sind u.a. auch die Verfassungsbestimmungen zu berücksichtigen - wie die Beschwerdeführerin zu Recht ausführt. Allerdings ist dabei nicht nur Art. 96 BV,

der eine Kompetenzbestimmung mit einer materiellen Direktive darstellt, zu berücksichtigen, sondern die gesamte Verfassung, insbesondere neben Art. 96 BV auch Art. 27 i.V.m. Art. 36 BV bzw. Art. 27 i.V.m. Art. 35 BV (siehe dazu statt aller YVO HANGARTNER, Revision des Kartellgesetzes: Mühe mit der individuellen Wirtschaftsfreiheit, AJP 2012 S. 439 ff., 440 f.). Der Gesetzgeber hat mit seinen kartellrechtlichen Bestimmungen einer Grundrechtsverwirklichung nach Art. 35 Abs. 3 BV und einer Eingriffsrechtfertigung nach Art. 36

Abs. 2 BV (Schutz von Grundrechten Dritter) Rechnung getragen, was die Beschwerdeführerin bei ihrer Rüge einer Verletzung des Grundrechts der Wirtschaftsfreiheit verkennt. Dabei sind auch Verbote zulässig (vgl. etwa RHINOW/GUROVITS, a.a.O., z.B. S. 603, 607; HEINEMANN, Grundlagen, a.a.O., z.B. S. 58), was sich etwa in Art. 5 Abs. 1 KG manifestiert. Angesichts des Umstandes, dass die Ausführungen wenig konkret sind, sondern sich vielmehr auf die Rechtssetzung beziehen, ist nicht ersichtlich, inwiefern eine Verletzung der monierten Verfassungsbestimmungen gegeben sein soll. Das Nämliche trifft auch auf die Rüge einer Verletzung des Gewaltenteilungsprinzips zu. Die Ausführungen der Beschwerdeführerin sind auch wenig zielführend, da sie von der falschen Prämisse ausgeht, dass die Vorinstanz eigenmächtig ein Verbot geschaffen und insofern das Gewaltenteilungsprinzip verletzt habe. Da diese Prämisse nicht zutrifft, gehen die Ausführungen der Beschwerdeführerin an der Sache vorbei.

5.4 Beeinträchtigung

5.4.1 Damit Abreden unter den Tatbestand von Art. 5 Abs. 1 KG fallen, ist es zudem erforderlich, dass sie "den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen [...]beeinträchtigen [...]." Anders ist die Formulierung in Art. 4 Abs. 1 KG: Danach gelten als Wettbewerbsabreden gewisse Handlungen, "die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken". Sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Lehre, soweit sie sich dazu überhaupt äussert, ist umstritten, welche Anforderungen an die "Beeinträchtigung" nach Art. 5 Abs. 1 KG zu stellen sind.

5.4.2 Die Beschwerdeführerin vertritt die Auffassung, dass eine tatsächliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs notwendige Voraussetzung sei, was in der Lehre beispielsweise auch AMSTUTZ/CARRON/REINERT (in: Commentaire, a.a.O., N. 20 f. zu Art. 5 KG) fordern. Mehrheitlich vertritt die Lehre indes den Standpunkt, dass es auf

den tatsächlichen Eintritt einer Beeinträchtigung nicht ankommt, sondern ein Potential zur Beschränkung des Wettbewerbs ausreicht (vgl. etwa KRAUSKOPF/SCHALLER, in: BSK KG, a.a.O., N. 3, 5 [zweites Lemma]zu Art. 5;BORER, a.a.O., N. 8 zu Art. 5 KG; BALDI/SCHRANER, Die kartellrechtlichen Urteile des Bundesverwaltungsgerichts im Fall "Baubeschläge" - revisionistisch oder nur beiläufig falsch? [nachfolgend: Baubeschläge], AJP 2015 S. 269 ff., 276; dies. , 20 Jahre, a.a.O., S. 1531; HEINEMANN, Erheblichkeit, a.a.O., Rz. 48 bzw. S. 25). Art. 4 Abs. 1 KG ist eine Legaldefinition (vgl. HEINEMANN, Erheblichkeit, a.a.O. Rz. 39 bzw. S. 22). Legaldefinitionen haben die Funktion, Begriffe so zu definieren, dass sie im ganzen Erlass einheitlich in einem bestimmten Sinn verwendet werden können; sie regeln somit einen Sprachgebrauch für den ganzen Erlass (vgl. MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 355). Insofern wird damit auch für Art. 5 Abs. 1 KG klargestellt, dass auch der potentielle Wettbewerb geschützt werden soll (BORER, a.a.O., N. 8 zu Art. 5 KG). Dies stützt zudem eine systematische und verfassungskonforme Auslegung: Mit Vereinbarungen und nicht erst mit der Praktizierung der Abredetypen nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG wird ein Klima der Wettbewerbsfeindlichkeit geschaffen, das "volkswirtschaftlich oder sozial schädlich" für das Funktionieren des normalen Wettbewerbs ist (i.S. von Art. 96 BV und Art. 1 KG). Aus diesem Grund sind solche Abreden im Rahmen von Art. 5 Abs. 2 KG näher zu prüfen (vgl. HEINEMANN, Erheblichkeit, a.a.O., Rz. 46 ff. bzw. S. 24 f.). Es genügt somit, dass Abreden den Wettbewerb potentiell beeinträchtigen können. Insofern zielen die Ausführungen der Beschwerdeführerin, die zum einen auf fehlende tatsächliche Auswirkungen und zum anderen auf eine angeblich nicht erfolgte Umsetzung der Abrede rekurriert, an der Sache vorbei.

5.5 Relevanter Markt

Zu erörtern bleibt schliesslich noch der relevante Markt , müssen doch nach Art. 5 Abs. 1 KG Abreden den

Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen. Vor Bundesgericht sind der sachliche und zeitliche relevante Markt unbestritten. Strittig ist somit nur noch der räumliche Markt. Entsprechend den bisherigen Ausführungen erfüllen Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG das Erheblichkeitskriterium nach Art. 5 Abs. 1 KG ohne Bezug auf einen Markt. Die diesbezüglichen

Ausführungen der Vorinstanz und die Rügen der Beschwerdeführerin erübrigen sich deshalb. Ist die Erheblichkeit allerdings aufgrund oder auch aufgrund quantitativer Elemente zu bestimmen, wäre der relevante Markt zu ermitteln. Da die Effizienzüberlegungen im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG den eigentlichen Kern der materiellen Abredeprüfung bilden (vgl. BALDI/SCHRANER, 20 Jahre, a.a.O., S. 1535), wäre im vorliegenden Fall der relevante Markt dort zu berücksichtigen. Die Beschwerdeführerin bringt - wie noch auszuführen sein wird (E. 7.2) - keine Rechtfertigungsgründe vor, weshalb vor Bundesgericht der relevante Markt nicht zu prüfen ist.

5.6 Fazit
Zusammenfassend ergibt sich: Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG erfüllen grundsätzlich das Kriterium der Erheblichkeit nach Art. 5 Abs. 1 KG. Dabei genügt es, dass Abreden den Wettbewerb potentiell beeinträchtigen können. Es ist deshalb nunmehr zu prüfen, ob überhaupt eine Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG vorliegt.

6. Auslegung von Art. 5 Abs. 4 KG und Subsumtion

6.1 Die WEKO und auch die Vorinstanz haben den Vertrag der Beschwerdeführerin und der Gebro als "Abrede[...]in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten" qualifiziert. Die Beschwerdeführerin bestreitet nicht, dass eine Abrede i.S. von Art. 4 Abs. 1 KG vorliegt. Sie moniert, dass der Sachverhalt nicht dem Tatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG entspricht.

6.2 Nach 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. Bei der Auslegung dieser Bestimmung ist Dreifaches im Blick zu behalten:

6.2.1 Erstens ist zu beachten, dass die Auslegung dieser Bestimmung autonom, d.h. ohne Bindung an eine bestimmte ökonomische Auffassung zu erfolgen hat (vgl. HANGARTNER, sic! 2005, a.a.O., S. 612; entgegen GION GIGER, Vertikale Abreden - Entwicklungen im schweizerischen und europäischen Kartellrecht, sic! 12/2010 S. 859 ff., 867 f. [bezeichnend ist, dass GIGER "policy"-Literatur zitiert]). Massgebend ist der aufgrund aller Auslegungselemente zu eruierende Normsinn (vgl. BGE 141 II 66 E. 2.2.4 S. 72; BGE 129 II 49 7 E. 3.3.2 i.f. S. 515).

6.2.2 Zweitens kann die Beschränkung des Intrabrand-, d.h. des markeninternen Wettbewerbs durch vertikale Abreden wie jede andere Wettbewerbseinschränkung problematisch sein (vgl. ULRICH IMMENGA, Die Marke im Wettbewerb - Wettbewerb innerhalb der Marke, sic! 2002 S. 374 ff., 374; HANGARTNER, sic! 2005 passim; ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., N. 65, 67, 396, 489; DANIEL ZIMMER, Art. 101 Abs. 1 AEUV. Beispiele, Fallgruppen, in: Immenga/Mestmäcker, a.a.O., S. 259 ff., z.B. N. 274 zu Art. 101 Abs. 1 AEUV; MESTMÄCKER/SCHWEITZER, a.a.O., § 13 Rz. 13; siehe etwa auch Urteil des EuGH vom 13. Oktober

2011 C-439/09 Pierre Fabre Dermo-Cosmétique , Randnr. 39; entgegen beispielsweise GIGER, a.a.O., S. 867). Der Gesetzgeber hat deshalb mit Art. 5 Abs. 4 KG den Intrabrand-Wettbewerb grundsätzlich als schützenswert erklärt (vgl. HANGARTNER, sic! 2005, a.a.O., S. 612; IMMENGA, a.a.O., S. 374; ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., N. 343; WEBER/ZEIER, a.a.O., S. 181 f.; Kommissionssprecher Schiesser im Ständerat, AB 2003 S 324; Kommissionssprecherin Fässler im Nationalrat, AB 2002 N 1440; KRAUSKOPF/RIESEN, a.a.O., S. 90; DOSS, a.a.O., z.B. Rz. 207 f., 232; KÜNZLER, a.a.O., S. 316, 389) und an von ihm als relevant befundene allgemeine wettbewerbspolitische Erfahrungen angeknüpft, wonach gewisse vertikale Abreden den Wettbewerb beseitigen können. Insofern ist es für konkret zu beurteilende Fälle müssig, über ökonomische Theorien zu diskutieren, die von anderen Erfahrungen ausgehen, wobei bei diesen im Übrigen keine einheitliche Auffassung auszumachen ist (vgl. HILTY/FRÜH, sic! 2010, a.a.O., S. 883 f.; KÜNZLER/HEIZMANN, a.a.O., S. 150 ff.; je mit weiteren Hinweisen; zum relativen Charakter der auf Modelldenken beruhenden Aussagen BALDI/SCHRANER, 20 Jahre, a.a.O., S. 1533; DANI RODRIK, Economics Rules: The Rights and Wrongs of the Dismal Science, 2015). Wenn ein Markeninhaber indes sein Produkt selber vertreibt, was die Beschwerdeführerin beispielsweise in Deutschland praktiziert, liegt keine Abrede vor und Art. 5 KG ist nicht anwendbar.

6.2.3 Drittens ergibt sich aus der parlamentarischen Debatte unzweifelhaft, dass die schweizerische Regelung in Bezug auf Art. 5 Abs. 4 KG eine gleiche sowie auch gleich scharfe und auch nicht schärfere Regelung wie diejenige der Europäischen Union sein soll (vgl. Kommissionssprecher Schiesser im Ständerat, Büttiker, AB 2003 S 329 f., 331 bzw. 330 f.; siehe auch Baader, Schneider, Strahm, AB 2002 N 1435 f., 1438; vgl. dazu MONIQUE STURNY, Der Einfluss des EU-Rechts auf das schweizerische Kartellrecht, 2014, S. 138 ff.;

BORER, a.a.O., N. 32 zu Art. 5 KG; ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., N. 468 ff.): eine materiell andere Regelung als diejenige der EU würde zu Rechtsunsicherheiten führen (vgl. Kommissionssprecher Schiesser im Ständerat, AB 2003 S 330). Insofern erlaubt die Parallelität der Regelungen, dass "im Sinne der Rechtssicherheit auch darauf zurück[gegriffen werden kann], was die EU mit ihrer Verordnung an vertikalen Abreden ausgeschlossen bzw. zugelassen hat" (Kommissionssprecher Schiesser im Ständerat, AB 2003 S 330). Der Gesetzgeber erklärt allerdings nicht ausdrücklich durch Verweisungen europäisches Wettbewerbsrecht in Bezug auf vertikale Wettbewerbsabreden zu schweizerischem Recht. Solches europäisches Wettbewerbsrecht ist jedoch nicht nur rechtsvergleichend (dazu BGE 139 I 72 E. 8.2.3 S. 89) - im Sinne eines zu berücksichtigenden Auslegungselementes (dazu etwa BERNHARD RÜTSCHE, Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht: Auslegungsmethode oder blosse Inspirationsquelle?, in: Die Rechtsvergleichung in der Rechtsprechung. Praxis, Legitimität und Methodik, Schmid/Morawa/Heckendorn Urscheler [Hrsg.], 2014, S. 121 ff.) - zu respektieren (zu eng deshalb STURNY, a.a.O., S. 145). Denn die rechtsvergleichende Auslegung würde erlauben, dass dem daraus folgenden Resultat nicht gefolgt werden muss, was aber der Gesetzgeber in Bezug auf Art. 5 Abs. 4 KG gerade nicht wollte. Er wollte, ohne rechtstechnisch gleich vorzugehen, eine materiell identische Regelung zwischen Art. 5 Abs. 4 KG und dem EU-Wettbewerbsrecht in Bezug auf vertikale Abreden - trotz fehlendem dynamischen Verweis (so auch ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., N. 347, 468; KRAUSKOPF/GRABER, a.a.O., S. 782, 787; Bundesrat Deiss, AB 2003 S 331 ["elle (scil. la nouvelle proposition) permet de mener une politique analogue à celle de la Commission européenne"]). Bei der Auslegung des europäischen Wettbewerbsrecht ist sodann die europäische Methodenlehre zu berücksichtigen (THOMAS ACKERMANN, § 21 Europäisches Kartellrecht, in: Europäische Methodenlehre, Riesenhuber [Hrsg.], 3. Aufl. 2015, S. 473 ff.; siehe auch ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., N. 468 i.f.). Bei aller geforderten Parallelität darf nicht vergessen werden, dass diese nur dann angenommen werden kann, wenn die grundlegenden Begriffe, die Rechtsprechung und das System des europäischen Wettbewerbsrechts in Bezug auf vertikale Wettbewerbsabreden sich gegenüber 2003 nicht grundlegend geändert haben, weil ansonsten diese Verschiebungen nicht mehr durch den schweizerischen

gesetzgeberischen Willen gedeckt wären. Zu berücksichtigen ist auch, dass sich die "Güte einer Kartellrechtsordnung nur relativ zum betreffenden Land, zur betreffenden Volkswirtschaft oder zum betreffenden Wirtschaftsraum messen lässt" (HILTY/FRÜH, sic! 2010, a.a.O., S. 878). Insofern sollten die von den jeweiligen Rechtsordnungen betroffenen volkswirtschaftlichen Märkte vergleichbar sein (vgl. HILTY/FRÜH, sic! 2010, a.a.O, S. 878, 885 [relative Vergleichbarkeit unter Berücksichtigung der volkswirtschaftlichen Bedingungen und der Systemfrage]; siehe auch KÜNZLER/HEIZMANN, a.a.O., S. 147): so haben insbesondere vertikale Abreden über absoluten Gebietsschutz für kleinere Länder ganz andere Auswirkungen als dies für grosse Länder oder vereinheitlichte Binnenmarkträume wie etwa die EU der Fall ist (statt vieler ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., N. 362; HILTY/FRÜH, sic! 2010, a.a.O., S. 879, 881, 885).

6.3 Im vorliegenden Zusammenhang ist der zweite Teil von Art. 5 Abs. 4 KG relevant, wonach es sich um Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten handelt, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden. Tatbestandsmerkmale sind folglich: eine Abrede zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen (vertikale Abrede) in einem Vertriebsvertrag, eine Gebietszuweisung, der Ausschluss von Verkäufen in zugewiesene Gebiete durch gebietsfremde Händler.

6.3.1 Vertriebsverträge regeln den Fremdvertrieb von Waren und Dienstleistungen (vgl. KRAUSKOPF/RIESEN, Selektive Vertriebsverträge, in: Das revidierte KG, a.a.O., S. 83 ff., 86 f.); dabei vereinbart der seinen Vertriebskanal (zu verschiedenen Vertriebssystemen statt aller MÜNCH/MAILLEFER/HÜNGER, Vertriebssysteme, in: HAP IX, a.a.O., S. 239 ff., 240 ff.) aufbauende Hersteller typischerweise mit seinem Händler den Absatz seiner Produkte in einer spezifischen Art und Weise (vgl. KRAUSKOPF/RIESEN, a.a.O., S. 87; YVO HANGARTNER, Selektive Vertriebssysteme als Problem des Wettbewerbsrechts [nachfolgend: sic! 2002], sic! 5/2002 S. 321 ff., 321). Diesbezüglich stehen verschiedene Arten von Vertriebsverträgen zur Verfügung: Alleinvertriebsvertrag, selektives Vertriebssystem, Alleinbezugsvertrag, Alleinbelieferungsvertrag, Franchising, Lizenzvertrag (vgl. etwa DOSS, a.a.O., Rz. 193 ff.; KRAUSKOPF/SCHALLER, in: BSK KG, a.a.O., N. 536 f. zu Art. 5 KG; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.253 ff.; ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., Rz. 62 ff.; MESTMÄCKER/SCHWEITZER, a.a.O., § 13, passim).

Der Begriff des Vertriebsvertrags ist umfassend zu verstehen und beinhaltet nicht nur eigentliche Vertriebsverträge, sondern auch einzelne Vertragsklauseln in anderen Verträgen; derartige Klauseln finden sich oftmals in Franchise- oder Lizenzverträgen (vgl. HÄNNI/STÖCKLI, a.a.O., N. 219; KRAUSKOPF/SCHALLER, in: BSK KG, a.a.O., N. 535 bzw. 538 zu Art. 5 KG; KRAUSKOPF/RUSS, a.a.O., S. 760; DOSS, a.a.O., Rz. 205; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.254; AMSTUTZ/MORIN/SCHLUEP, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht, Bd. I, 5. Aufl. 2011, N. 264 zu Einleitung vor Art. 184 ff. OR; siehe auch Botschaft KG I, BBl 1995 I 543 Ziff. 224; WEBER/ZEIER, a.a.O., S. 185; KELLER, a.a.O., S. 63, 65).

6.3.2 Nach Art. 5 Abs. 4 KG ist sodann entscheidend, ob im Vertriebsvertrag eine Abrede über die Zuweisung von Gebieten enthalten ist (dazu etwa PETER REINERT, in: Kartellgesetz [nachfolgend: SHK], 2007, N. 36 zu Art. 5 KG; DOSS, a.a.O., Rz. 188; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.252; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, a.a.O., N. 594 zu Art. 5 KG; AMSTUTZ/REINERT, Vertikale Preis- und Gebietsabreden - eine kritische Analyse von Art. 5 Abs. 4 KG, in: Kartellgesetzrevision 2003. Neuerungen und Folgen [nachfolgend: Kartellge-

setzrevision], Stoffel/Zäch [Hrsg.], 2004, S. 69 ff., 102; Büttiker, AB 2003 S 331, in Auseinandersetzung mit einem Minderheitsantrag), allerdings nur "soweit Verkäufe in diese [zugewiesenen Gebiete]durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden". Gebiete sind räumlich abgrenzbare Flächen, wie etwa die Schweiz (dazu ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., N. 362, 467), die als potentiell "abgeschotteter Markt" gerade Anlass für die Einführung von Art. 5 Abs. 4 KG bildete (siehe etwa Raggenbass, Strahm, Kommissionssprecherin Fässler im Nationalrat, AB 2002 N 1436 bzw. 1438 bzw. 1440; Kommissionssprecher Schiesser im Ständerat, David AB 2003 S 329 f., 331 bzw. 330; CHRISTIAN KAUFMANN, Wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden, 2004, S. 140 f.; KRAUSKOPF/GRABER, a.a.O., S. 782; DUCREY, IWR, a.a.O., Rz. 1349; DOSS, a.a.O., Rz. 183; STURNY, a.a.O., S. 141, 145; WEBER/ZEIER, a.a.O., S. 181 f.; MARIEL HOCH CLASSEN, Vertikale Wettbewerbsabreden im Kartellrecht, 2003, S. 311; siehe auch PATRIK DUCREY, Vertikalabreden: Praxis und Zukunft in der Schweiz, in: Die Praxis des Kartellgesetzes im Spannungsfeld von Recht und Ökonomie, Amstutz/Hochreutener/Stoffel [Hrsg.], 2011, S. 1 ff., 2 f.; HEINEMANN, Grundlagen, a.a.O., S. 63 f.; HILTY/FRÜH, Potenzial, a.a.O., S. 87 ff.; siehe bereits prägnant BGE 129 II 18 E. 9.5.5 S. 43). Die Zuweisung von

Gebieten kann direkt oder indirekt erfolgen (vgl. etwa WEBER/VOLZ, Rz. 2.263; KRAUSKOPF/SCHALLER, in: BSK KG, a.a.O., N. 531 ff. zu Art. 5 KG; HÄNNI/STÖCKLI, a.a.O., N. 218).

6.3.3 Sodann setzt Art. 5 Abs. 4 KG zweiter Halbsatz einen Vertriebspartner voraus, der aus einem fremden Gebiet heraus Verkäufe tätigt; die Abrede muss einen gebietsfremden Vertriebspartner betreffen, d.h. einen solchen, dem ein Gebiet ausserhalb des fraglichen lokalen, regionalen, überregionalen oder nationalen Marktes zugewiesen wird (vgl. KRAUSKOPF/SCHALLER, in: BSK KG, a.a.O., N. 543 ff. bzw. 547 zu Art. 5 KG; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.257; HÄNNI/STÖCKLI, a.a.O., N. 218, 220).

6.3.4 Schliesslich müssen Verkäufe in das Gebiet des fraglichen Marktes ausgeschlossen sein. Aus dem Wortlaut ist der Umfang des Ausschlusses nicht ersichtlich (so auch WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.259); aufgrund des historischen und auch teleologischen Auslegungselementes soll indes nicht der relative (vgl. KRAUSKOPF/RIESEN, a.a.O., S. 96), sondern nur der absolute Gebietsschutz umfasst werden (vgl. Kommissionssprecher Schiesser im Ständerat, Büttiker, AB 2003 S 329 f., 331 bzw. 330 f.; siehe etwa auch KRAUSKOPF/RIESEN, a.a.O., S. 95 f.; KRAUSKOPF/GRABER, a.a.O., S. 786 f.; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.250 ff.; REINERT, SHK, a.a.O., N. 33 zu Art. 5 KG; BORER, a.a.O., N. 42 f. zu Art. 5 KG; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, a.a.O., N. 604 zu Art. 5 KG; ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., N. 469; HÄNNI/STÖCKLI, a.a.O., N. 217; DOSS, a.a.O., Rz. 170, 190 f., 231). Für ein solches Verständnis stand entscheidend das auch von der Beschwerdeführerin angesprochene Maissaatgut-Urteil des EuGH vom 8. Juni 1982 C-258/78, Nungesser , Pate (vgl. Kommissionssprecher Schiesser, AB 2003 S 329 f. mit Bezug auf den Kommissionsexperten; vgl. HILTY, Art. 5 KG, a.a.O., S. 70; STURNY, a.a.O., S. 143 f.), wonach eine zu einem absoluten Gebietsschutz führende ausschliessliche Lizenz nicht mit Art. 85 Abs. 1 EWGV (= Art. 81 Abs. 1 EGV = Art. 101 Abs. 1 AEUV) vereinbar sei.

6.3.5 Absoluter Gebietsschutz liegt dann vor, wenn passive Verkäufe seitens gebietsfremder Vertriebspartner in zugewiesene Gebiete direkt oder indirekt untersagt sind. Sind passive Verkäufe zulässig, aktive (zu Beispielen KRAUSKOPF/SCHALLER, in: BSK KG, a.a.O., N. 563 ff. zu Art. 5 KG; siehe auch AMSTUTZ/CARRON/REINERT, a.a.O., N. 606 zu Art. 5 KG; KRAUSKOPF/GRABER, a.a.O., S. 786 f.) dagegen nicht, so handelt es sich lediglich um relativen

Gebietsschutz. Solche Verkäufe in zugewiesene Gebiete sind dann nicht i.S.v. Art. 5 Abs. 4 zweiter Halbsatz KG ausgeschlossen (dazu etwa KRAUSKOPF/RIESEN, a.a.O., S. 96; AMSTUTZ/REINERT, in: Kartellgesetzrevision, a.a.O., S. 102; ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O, N. 470 ff.; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, a.a.O., N. 604 zu Art. 5 KG; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.259; DUCREY, IWR, a.a.O., Rz. 1379 f.; HÄNNI/STÖCKLI, a.a.O., N. 221). Unter passivem Verkauf ist u.a. die Erfüllung unaufgeforderter Bestellungen einzelner Kunden aus einem fremden Vertragsgebiet zu verstehen (vgl. etwa KRAUSKOPF/SCHALLER, in: BSK KG, a.a.O., N. 558 zu Art. 5 KG; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, a.a.O., N. 607 zu Art. 5 KG; DUCREY, IWR, a.a.O., Rz. 1379; KRAUSKOPF/GRABER, a.a.O., S. 786; siehe auch Ziff. 3 [passiver Verkauf]der Vertikalbekanntmachung vom 2. Juli 2007 [nachfolgend: VertBek 2007], BBl 2007 7597; Ziff. 3 [passiver Verkauf]VertBek 2010).

6.4

6.4.1 Die Beschwerdeführerin vertritt die Auffassung, dass kein Vertriebsvertrag, sondern eine Technologietransfer-Vereinbarung vorliege. Diesbezüglich ist festzuhalten, dass die rechtliche Qualifikation eines Rechtsgeschäfts dem Parteiwillen schlechthin entzogen ist (vgl. BGE 99 II 313 S. 313; BGE 131 III 217 E. 3 S. 219; JÄGGI/GAUCH, Zürcher Kommentar, 3. Aufl. 1980, N. 226 zu Art. 18 OR; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil, Bd. I, 10. Aufl. 2014, Rz. 1038); dies gilt auch bei Abreden im Rahmen von Art. 5 Abs. 4 KG (vgl. RETO M. HILTY, Lizenzvertragsrecht [nachfolgend: Lizenzvertragsrecht], 2001, S. 411 f.). Abgesehen davon hat in der parlamentarischen Debatte Ständerat Büttiker zur Unterstützung des zu Gesetz gewordenen Antrags der Kommissionsmehrheit festgehalten, dass Technologietransfer- und Lizenzverträge, die einen absoluten Gebietsschutz vorsehen, von Art. 5 Abs. 4 KG erfasst sind (AB 2003 S 330 f.). Dies entspricht dem oben (E. 6.3.1) hervorgehobenen Verständnis, dass der Begriff des Vertriebsvertrags umfassend zu verstehen ist und auch einzelne Vertragsklauseln in anderen Verträgen beinhaltet. Insofern unterliegen solche Klauseln Art. 5 Abs. 4 KG. Dieses Verständnis trifft - entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin - auch in Bezug auf Immaterialgüterrechte nach Art. 3 Abs. 2 KG zu (vgl. KELLER, a.a.O., S. 57 ff., 63, 65; HILTY, Lizenzvertragsrecht, a.a.O., S. 411 f.; HILTY, Art. 5 KG, a.a.O., S. 37, 41, 43 ff., 51; WEBER/ZEIER, a.a.O., S. 185; KRAUSKOPF/RUSS, a.a.O., S. 755).

Bereits die Botschaft KG I (BBl 1995 I 543 Ziff. 223.2) hat darauf aufmerksam gemacht, dass beim Abschluss eines Lizenzvertrages die Parteien versucht sein könnten, Abreden zu treffen, die in ihrer Wirkung über die Rechte hinausgehen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben; aus wettbewerbspolitischer Sicht bestehe deshalb die Notwendigkeit, bei Lizenzverträgen sorgfältig zu prüfen, ob die Vereinbarung zwischen den Parteien Wettbewerbsbeschränkungen enthält, die aus der Sicht des involvierten Immaterialgüterrechts als inhalts- oder schutzrechtsfremd anzusehen seien. Dies gilt auch für die EU (vgl. FUCHS, a.a.O., N. 3 und 4 zu Einl. TT-GVO; BECHTOLD/BOSCH/BRINKER/HIRSBRUNNER, a.a.O., S. 592 Rz. 3; siehe auch Urteil des EuGH vom 8. Juni 1982 C-258/78 Nungesser , Slg. 1982 S. 2017, Randnrn. 28 f.).

6.4.2 Mit Ziff. 3.2 des Vertrages vom 1. Februar 1982 trifft dies genau zu. Es handelt sich - wie die Vorinstanz zu Recht ausgeführt hat - um eine Vertriebsklausel , was bereits der Wortlaut - als primäres Auslegungsmittel (vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, a.a.O., Rz. 1206 ff.) - mit dem Wort "vertreiben" nahelegt (zustimmend KRAUSKOPF/RUSS, a.a.O., S. 760). Auch verschiedene weitere Bestimmungen bestätigen dies

unter systematischen Gesichtspunkten: In Ziff. 1.1 überträgt die Beschwerdeführerin der Gebro neben einem Herstellungsrecht auch ein Vertriebsrecht für gewisse Vertragsprodukte, was im Übrigen ausgesprochen üblich ist (vgl. HILTY, Lizenzvertragsrecht, a.a.O., S. 250). In Ziff. 1.2 wird dieser Übertrag für das nach Ziff. 2.1 zugewiesene Vertragsgebiet auch für neu entwickelte Präparate unter bestimmten Voraussetzungen vorgesehen. In Ziff. 2.1 wird das zugewiesene Vertragsgebiet für das Vertriebsrecht bezeichnet. Ziff. 8 regelt das Packungsbild, Ziff. 9 die Verkaufspreise, Ziff. 10 das Marketing und die Werbung für den Vertrieb und schliesslich Ziff. 11 den eigentlichen Vertrieb. Zusammenfassend ist deshalb mit der Vorinstanz festzuhalten, dass der sogenannte Lizenzvertrag in Ziff. 3.2 eine Vertriebsabrede über den Vertrieb von Waren im zugewiesenen Gebiet "Österreich" enthält. Dafür spricht auch - wie die Vorinstanz bereits festgestellt hatte -, dass nach dem 1. September 2006 der Vertrieb und die Herstellung in zwei separaten Verträgen geregelt wurde. Insofern ist - entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin - eine Trennung von Herstellung und Vertrieb nicht künstlich oder falsch. Abgesehen davon erfolgt im zu beurteilenden Fall keine Trennung im eigentlichen Sinn, sondern die einzelnen Vorschriften des privatrechtlichen

Vertrags werden unterschiedlichen öffentlich-rechtlichen Regelungen unterstellt.

6.4.3 In Ziff. 3.2 des Vertrages vom 1. Februar 1982 zwischen der Beschwerdeführerin und Gebro wurde diese verpflichtet, die Vertragsprodukte ausschliesslich in dem ihr vertraglich zustehenden Gebiet (d.h. Österreich) zu vertreiben und weder direkt noch indirekt Exporte in andere Länder vorzunehmen. Entsprechend dem Wortlaut dieser Vertragsbestimmung - als primäres Auslegungsmittel (vgl. statt aller GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, a.a.O., Rz. 1206 ff.; HILTY, a.a.O., S. 247) - ergibt sich aus der Passage "ausschliesslich in dem ihr vertraglich zustehenden Gebiet (d.h. Österreich) zu vertreiben und weder direkt noch indirekt Exporte in andere Länder vorzunehmen" ein absoluter Gebietsschutz für die Schweiz. Der Gebro wird durch die Abrede damit Folgendes untersagt: zum einen - durch das Wort "direkt" - Aktivverkäufe, wonach Gebro die aktive Ansprache einzelner Kunden in einem ihr nicht zugeteilten Gebiet verboten wird; zum anderen - durch das Wort "indirekt" - Passivverkäufe in ein ihr nicht zugeteiltes Gebiet (so auch das Verständnis von "direkt" und "indirekt" in der hier noch anwendbaren VertBek 2002 Ziff. 3 lit. b; ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., Rz. 469). Jedenfalls drängt sich kein anderes Verständnis auf und macht die Beschwerdeführerin auch kein solches geltend. Die Schweiz war ein der Beschwerdeführerin vorbehaltenes Gebiet und stellte für die Gebro kein zugewiesenes Gebiet dar.

6.4.4 Die Beschwerdeführerin nimmt sodann Bezug auf das EU-Recht und vertritt die Auffassung, dass das Regime für vertikale Abreden nicht auf den Technologietransfer anwendbar sei. Die Vorinstanz lasse unberücksichtigt, dass Art. 2 Abs. 5 der Verordnung (EU) Nr. 330/2010 der Kommission vom 20. April 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen (ABl. L 102 vom 23. April 2010 S. 1) bzw. Art. 2 Abs. 5 der Verordnung (EG) Nr. 2790/1999 der Kommission vom 22. Dezember 1999 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen (ABl. L 336 vom 29. Dezember 1999 S. 21) andere Gruppenfreistellungsverordnungen vorbehalte. Für den Technologietransfer sei die Verordnung (EG) Nr. 772/2004 der Kommission vom 27. April 2004 über die Anwendung von Artikel 81 Abs. 3

EG-Vertrag auf Gruppen von Technologietransfer-Vereinbarungen (TT-GVO 2004; ABl. L 123 vom 27. April 2004 S. 11]) anwendbar. Diese würde einen weitaus grosszügigeren Standpunkt gegenüber Verkaufsbeschränkungen des Lizenznehmers einnehmen und das Verhalten der Beschwerdeführerin wäre zulässig. EU-Kartellrecht gilt in der Schweiz nicht (vgl. E. 6.2.3). Die TT-GVO 2004 ist in der Schweiz deshalb nicht anwendbar. Fraglich kann deshalb nur sein, ob aufgrund der verlangten Parallelität zwischen der schweizerischen und der europäischen Rechtsordnung, die von der Beschwerdeführerin behauptete Technologietransfer-Vereinbarung von Art. 5 Abs. 4 KG ausgeschlossen ist. Entsprechend der bereits oben geäusserten parlamentarischen Ansicht (vgl. E. 6.4.1) sollen auch Technologietransfer-Vereinbarungen oder solche in Verträge eingebundene Regeln, welche einen absoluten Gebietsschutz vorsehen, unter Art. 5 Abs. 4 KG fallen. Dies entspricht auch der Praxis der WEKO.

6.4.5 In diesem Zusammenhang wirft die Beschwerdeführerin der Vorinstanz vor, dass diese sich auf die VertBek 2007 beziehe, welche erlassen worden sei, bevor Art. 5 Abs. 4 KG überhaupt Gesetz gewesen sei. Art. 5 Abs. 4 KG ist seit dem 1. April 2004 in Kraft. Offensichtlich ist die VertBek 2007 vom 2. Juli 2007 nach dem Inkrafttreten von Art. 5 Abs. 4 KG bekannt gemacht worden. Allerdings ist im vorliegenden Fall nicht diese, sondern die VertBek 2002 relevant (siehe oben E. 5.3.3). Dass - wie die Beschwerdeführerin geltend macht - Technologietransfer-Vereinbarungen per se wettbewerbsfördernd seien, stimmt - wie bereits dargelegt (E. 5.3.2) - nicht zwingend, sondern dieser Umstand wäre im Einzelfall bei der Rechtfertigung nach Art. 5 Abs. 2 KG zu prüfen.

6.5 Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass mit Ziff. 3.2 des Vertrags vom 1. Februar 1982 zwischen der Beschwerdeführerin und der Gebro eine vertikale Vertriebs-Wettbewerbsabrede mit einem absoluten Gebietsschutz i.S. von Art. 5 Abs. 4 KG vorliegt. Damit liegt eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung vor (vgl. vorne E. 5.2.5, 5.4 und 5.6).

7. Rechtfertigung durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz

7.1 Nach Art. 5 Abs. 1 KG sind Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen nur dann unzulässig, wenn sie sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen. Gerechtfertigt

sind solche Abreden, wenn sie (1) notwendig sind, (2) 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 (3) den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen (Art. 5 Abs. 2 lit. a und b KG). Grundsätzlich ist eine Abrede dann gerechtfertigt, wenn das Resultat effizienter ist als ohne die Abrede und wirksamer Wettbewerb nicht beseitigt wird (vgl. ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., N. 404). Ziel der Effizienzprüfung bildet - wie bereits mehrfach hervorgehoben -, die Abreden, welche auch im Dienste eines gesamtwirtschaftlich positiven Zwecks stehen, von denen, die hauptsächlich der Erzielung einer Kartellrente dienen, zu unterscheiden (vgl. Botschaft KG I, BBl 1995 I 516 Ziff. 144.1; BORER, a.a.O., N. 46 zu Art. 5 KG). Damit eine Abrede gestützt auf Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt ist, müssen die drei soeben genannten Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein (vgl. BGE 129 II 18 E. 10.3 S. 45; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.369; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, a.a.O., N. 262, 264, 266 zu Art. 5 KG; ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., N. 404; KRAUSKOPF/SCHALLER, in: BSK KG, a.a.O., N. 300 zu Art. 5 KG; siehe auch HÄNNI/STÖCKLI, a.a.O., N. 247 ff.). "Der Effizienzbegriff des schweizerischen Kartellgesetzes ist volkswirtschaftlich zu verstehen" (BORER, a.a.O., N. 46 i.i. zu Art. 5 KG), und insofern muss die Effizienzsteigerung wirtschaftlicher Natur sein (vgl. DUCREY, IWR, a.a.O., Rz. 1427; HÄNNI/STÖCKLI, a.a.O., N. 246; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.376).

Notwendig ist eine Abrede, wenn sie verhältnismässig, d.h. geeignet, erforderlich und zumutbar (verhältnismässig i.e.S.: d.h. keine übermässige Einschränkung des Wettbewerbs zum angestrebten Ziel [Botschaft KG I, BBl 1995 I 560]) ist (vgl. BGE 129 II 18 E. 10.4 S. 47; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.371; REINERT, SHK, a.a.O., N. 9, 22 zu Art. 5 KG; Botschaft KG I, BBl 1995 I 560). Zur Rechtfertigung genügt, wenn lediglich einer der Effizienzgründe (oben Ziff. [2]) gegeben ist (vgl. etwa BGE 129 II 18 E. 10.3 i.f. S. 45; ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., N. 404 i.f.; BORER, a.a.O., N. 45 zu Art. 5 KG).

7.2 Die Vorinstanz hat verschiedene Rechtfertigungsgründe geprüft und ist dabei zum Schluss gekommen, dass keine vorliegen würden. Die Beschwerdeführerin wirft diesbezüglich der Vorinstanz vor, dass diese die für eine Rechtfertigung wesentlichen Aspekte übersehen und damit Art. 5 Abs. 2 KG nicht korrekt angewendet habe.

Sie führt aus, dass die Vorinstanz in ihrem Urteil "in E. 8.5.3 übereinstimmend mit der WEKO festgehalten [habe], dass es sich bei dem Lizenzvertrag um eine Technologietransfer-Vereinbarung innerhalb der Marktanteilsgrenzen von Art. 3 TTGVO [scil. TT-GVO2004]handle". Insofern sei der Lizenzvertrag zwischen der Beschwerdeführerin und Gebro durch die TT-GVO 2004 freigestellt. Diese Aussage trifft nicht zu: Die Vorinstanz ist nach Prüfung aller Argumente zum Schluss gekommen, dass die Ziff. 3.2 des Lizenzvertrags vom 1. Februar 1982 keine zulässige Technologietransfer-Vereinbarung im Sinne des TT-GVO 2004 darstellt . Wie dargelegt, ist die TT-GVO 2004 nicht anwendbar, weshalb es sich erübrigt, darauf näher einzugehen. Zu den von der Vorinstanz ausführlich behandelten verschiedenen Rechtfertigungsgründen bringt die Beschwerdeführerin nichts vor. Insofern liegen keine solchen nach Art. 5 Abs. 2 KG vor und die Abrede zwischen der Beschwerdeführerin und der Gebro ist nach Art. 5 Abs. 1 KG unzulässig .

8. Keine Verletzung des Völkerrechts
Zusammenfassend ist nunmehr festzuhalten, dass das Vorgehen der Beschwerdeführerin eine unzulässige, den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende und nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz zu rechtfertigende, vertikale Wettbewerbsabrede i.S. von Art. 5 Abs. 1 KG darstellt. Mit dem unzulässigen absoluten Gebietsschutz beeinträchtigt sie die nationale schweizerische Wirtschaftsordnung besonders. Durch die Gebietsabschottung wird Wettbewerb auf dem schweizerischen Markt für Zahnpasta ohne ersichtlichen wirtschaftlichen Effizienzgrund erheblich beeinträchtigt. Angesichts dieses Umstands kann nicht von einer exzessiven "jurisdiction to prescribe" ausgegangen werden, wenn der im vorliegenden Fall relevante ausländische Sachverhalt in die Entscheidung einbezogen wurde. Dies steht auch im Einklang mit der bereits in BGE 129 II 18 (E. 10.5 S. 47 f.) geäusserten Ansicht, dass "aus völkerrechtlichen Gründen [eine]Abrede nicht zu einer Abschottung des schweizerischen Marktes führen [darf]".
Auch das Abkommen vom 22. Juli 1972 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (FHA; SR 0.632.401) spricht nicht dagegen. Mit Art. 23 FHA wollten die Vertragsparteien für den Warenverkehr zwischen der EU (damals EWG) und der Schweiz auch "gerechte Wettbewerbsbedingungen" (vgl. Art. 1 lit. b FHA) durch kartellrechtliche Vorschriften gewährleisten (Abs. 1 lit. i und ii); dabei soll der

Freihandel nicht durch irgendwelche Wettbewerbsverfälschungen und sollen durch private Vereinbarungen

die Ziele des Abkommens - Schaffung eines Freihandelsraums Schweiz-EWG (siehe auch Art. 23 Abs. 1 lit. ii FHA: "auf dem gesamten Gebiet der Vertragsparteien") - nicht verunmöglicht werden (dazu etwa MARTIN STEINER, Exportkartelle und das Freihandelsabkommen Schweiz-EWG, 1977, S. 53 f., 66 f.; COTTIER/DIEBOLD/KÖLLIKER/LIECHTI-MCKEE/OESCH/PAYOSOVA/WÜGER, Die Rechtsbeziehungen der Schweiz und der Europäischen Union, 2014, Rz. 698). Insofern ergibt sich aus Art. 23 Abs. 1 lit. i FHA, der im Grundsatz mit Art. 101 Abs. 1 AEUV übereinstimmt, dass extraterritoriale, in der EU liegende Sachverhalte, welche eine Auswirkung in die Schweiz haben und damit den Freihandel zwischen der Schweiz und der EU wettbewerbsrechtlich verfälschen können, auch durch schweizerisches Recht angegangen werden können (vgl. auch ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., N. 425; siehe auch STEINER, a.a.O., S. 68 f., 80 ["autonom vorzunehmende Durchsetzung der Wettbewerbsregeln"). Dafür spricht auch Art. 23 Abs. 2 FHA, wonach die beiden Vertragspartner selbständige Praktiken zu Art. 23 Abs. 1 zu entwickeln haben. Insofern spricht also das Völkerrecht im Verhältnis Schweiz-EU nicht gegen die Unterstellung des vorliegenden extraterritorialen Sachverhalts unter das KG.

9. Sanktionierung nach Art. 49a KG
Zu prüfen ist schliesslich, ob das Verhalten der Beschwerdeführerin einer Sanktion unterliegt.

9.1 Nach Art. 49a KG wird ein Unternehmen, das u.a. an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 und 4 beteiligt ist, mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Der Betrag bemisst sich dabei nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen (vgl. BGE 139 I 72 E. 2.1 S. 78). Die Massnahme nach Art. 49a KG verfügt über einen strafrechtsähnlichen Charakter; Art. 7 EMRK (nulla poena sine lege) ist daher grundsätzlich anwendbar (vgl. BGE 139 I 72 E. 2.2.2 S. 79 f.).

9.2 Die Beschwerdeführerin ist der Auffassung, dass die Vorinstanz das Legalitätsprinzip (Art. 7 EMRK) verletzt habe. Art. 5 Abs. 4 KG stelle keine ausreichende gesetzliche Grundlage für eine Sanktionierung nach Art. 49a Abs. 1 KG dar, er sei zu unbestimmt, zumal

ein Rekurs auf das EU-Recht, wie in BGE 139 I 72 (E. 8.2.3) zu Art. 7 KG ausgeführt, nicht möglich sei. Im Gegensatz zu Art. 7 KG fehle ein Tatbestandskatalog oder andere Auslegungshilfen. Zunächst sind deshalb der Gehalt und die Vorgaben des Art. 7 EMRK darzulegen (E. 9.3). Danach ist Art. 49a KG auszulegen (E. 9.4) und zu prüfen, ob er die Anforderungen von Art. 7 EMRK erfüllt (E. 9.5).

9.3 Vorgaben von Art. 7 EMRK
Nach Art. 7 EMRK und Art. 15 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966 (UNO-Pakt II; SR 0.103.2) darf niemand wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt werden, die zur Zeit ihrer Begehung nach innerstaatlichem oder internationalem Recht nicht strafbar war ("Nulla poena sine lege" [Art. 1 StGB]; vgl. auch Art. 5 Abs. 1 BV). Die Straftat muss im Gesetz klar umrissen sein (vgl. BGE 139 I 72 E. 8.2.1 S. 85 m.w.H.), so dass der Gesetzesadressat sein Verhalten danach richten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem nach den Umständen unterschiedlichen Grad an Gewissheit vorhersehen kann. So ist etwa der Grundsatz verletzt, wenn jemand wegen eines Verhaltens strafrechtlich verfolgt wird, das im Gesetz überhaupt nicht als strafbar bezeichnet wird, wenn das Gericht ein Verhalten unter eine Strafnorm subsumiert, unter welche es auch bei weitestgehender Auslegung der Bestimmung nach den massgebenden Grundsätzen nicht subsumiert werden kann, oder wenn jemand in Anwendung einer Strafbestimmung verfolgt wird, die rechtlich keinen Bestand hat. Art. 7 EMRK und Art. 15 UNO-Pakt II enthalten neben dem

Rückwirkungsverbot vor allem ein Bestimmtheits- und Klarheitsgebot für gesetzliche Straftatbestände. Nur ein hinreichend klar und bestimmt formuliertes Gesetz darf einen Straftatbestand bilden und eine Strafe androhen. Allerdings bedürfen auch Strafgesetze der Auslegung, und die beiden genannten Vorschriften - wie auch Art. 1 StGB und Art. 5 Abs. 1 BV - enthalten kein Verbot der schrittweise erfolgenden Klärung der Vorschriften durch richterliche Auslegung. Es ist gerade die Aufgabe der Gerichte, verbleibende Auslegungszweifel zu beheben. Der Grad der erforderlichen Bestimmtheit lässt sich nicht abstrakt festlegen. Er hängt unter anderem von der Vielfalt der zu ordnenden Sachverhalte, von der Komplexität und der Vorhersehbarkeit der im Einzelfall erforderlichen Entscheidung, von den Normadressaten, von der Schwere des Eingriffs in Verfassungsrechte und von der erst bei der

Konkretisierung im Einzelfall möglichen und sachgerechten Entscheidung ab (zum Ganzen BGE 139 I 72 E. 8.2.1 S. 85 ff. mit umfassenden Hinweisen).

9.4 Auslegung von Art. 49a Abs. 1 KG

9.4.1 Im Folgenden ist zu prüfen, welches der relevante strafbare Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG ist. Strittig ist, was unter einer "unzulässigen Abrede nach Artikel 5 Absätze 3 und 4", "accord illicite aux termes de l'art. 5, al. 3 et 4" bzw. "accordo illecito secondo l'articolo 5 capoversi 3 e 4" zu verstehen ist. Dabei vertritt die Beschwerdeführerin die Auffassung, dass nach einer Vermutungswiderlegung nicht mehr von einer solchen Abrede gesprochen werden könne, während die Vorinstanz und die WEKO vom Gegenteil ausgehen. Für jene ist es somit ein Verweis auf Abreden, die den Wettbewerb beseitigen , für diese ein solcher auf Abreden, die unzulässig sind. Diese beiden Auffassungen werden auch in der Literatur vertreten (vgl. E. 9.4.6).

9.4.2 Der Wortlaut der aufgeführten Passage ist nicht eindeutig. Die deutsche Version scheint eher davon auszugehen, dass es sich um Abreden handelt, die in Art. 5 Abs. 3 und 4 aufgeführt und zudem unzulässig sind. Die romanischen Sprachen legen aufgrund des nachgestellten Adjektivs (illicite bzw. illecito) eher nahe, dass Abreden gemeint sind, die nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG unzulässig sind. Weiter hilft die Auslegung von Art. 5 KG. Die Unzulässigkeit der Abreden ergibt sich nur aus Art. 5 Abs. 1 KG: Danach sind Abreden dann unzulässig, wenn sie zum einen den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen oder zum anderen zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen. Abreden sind somit dann unzulässig , wenn der Wettbewerb in einem gewissen Ausmass vermindert wird. Aus den anderen Absätzen ergibt sich - entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin - nicht, wann eine Abrede unzulässig ist, die Rechtsfolge der Unzulässigkeit findet sich nur in Art. 5 Abs. 1 KG. Die Absätze 2-4 bilden freilich Elemente, um Art. 5 Abs. 1 KG für die Rechtsanwendung handhabbarer zu machen. Damit wird das deutsche Wortlautargument gestützt.

9.4.3 Art. 49a Abs. 1 KG verweist auf Art. 5 Abs. 3 und 4 KG. Mit einer solchen normativen Binnenverweisung (vgl. MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 360 ff., 364) soll die gesetzliche Regelung nicht

überlastet und nicht unverständlich werden. Aus dieser - systematischen - Perspektive können mit der Passage "Abrede nach Artikel 5 Absätze 3 und 4" nur die Abreden, welche in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG aufgelistet sind, gemeint sein. Andernfalls würde Art. 49a Abs. 1 KG unleserlich, wenn die einzelnen Abreden aufgeführt worden wären. Insofern verweist Art. 49a Abs. 1 KG auf den Abredetyp, d.h. auf Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen, Abreden über die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen, Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern bzw. Abreden über Mindest- oder Festpreise sowie Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden.

9.4.4 Das teleologische Argument stützt diese Argumentation: Wie bereits im Rahmen der Auslegung zur Erheblichkeit hervorgehoben, stellen die Abreden, die in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG aufgelistet sind, besonders schädliche Abreden dar, die ihre Schädlichkeit auch nach Widerlegung der Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bewahren (vgl. E. 5.2.4). Insofern wäre es trotz gleicher, die Handlungsfreiheit beschränkender Abreden widersprüchlich, in einem Fall eine Sanktion zu akzeptieren, im anderen Fall dagegen nicht.

9.4.5 Auch das historische Auslegungselement unterstützt dies, was sich sowohl aus den parlamentarischen Beratungen als auch aus der Botschaft vom 7. November 2001 zur Änderung des Kartellgesetzes (BBl 2002 2022 ff. [nachfolgend: Botschaft KG II]) ergibt, auch wenn sich die Parlamentarier und der Bundesrat nicht direkt zur strittigen Problemstellung äussern. Im Rahmen der Einführung der direkten Sanktionen haben verschiedene Parlamentarier ausgeführt, dass die Preisfestsetzung und die Abschottung von Märkten "Gift für Wachstum und Wohlfahrt" sind und es "keinen Schutz gibt für jene, die Kartellrenten zulasten der Volkswirtschaft einstreichen" (Gerold Bührer, AB 2002 N 1293). Bestimmte Preisfestsetzungen und Marktabschottungen sollen verhindert werden (vgl. Meier-Schatz, AB 2002 N 1295; Strahm, AB 2002 N 1296; Kommissionssprecherin Fässler im Nationalrat, AB 2002 N 1440; Kommissionssprecher Schiesser im Ständerat, AB 2003 S 317 f.; im Rahmen der Beratung von Art. 5 Abs. 4 durchgehend AB 2002 N 1435 ff. und AB 2003 S 329 ff.). Preisfestsetzungen und Marktabschottungen sind - wie etwa der

Kommissionssprecher Schiesser im Ständerat mit Hinweis auf die EU-Regelung, an welche die schweizerische Regelung materiell angepasst wurde, ausgeführt hat (AB 2003 S 329 f.) - nicht nur Instrumente zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs, sondern auch Instrumente zur nicht gerechtfertigten erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs . Ständerat Büttiker hat in seinem Votum einen zum vorliegenden Fall gleichgelagerten hervorgehoben (absoluter Gebietsschutz) und festgehalten "das wollen wir nicht" (AB 2003 S 330). Soll dem Nachachtung verschafft werden, so sind eindrückliche Sanktionen notwendig, damit "ein kartellistisches Verhalten a priori [als]uninteressant beurteilt" wird (vgl.Schneider-Ammann, AB 2002 N 1450; in diesem Sinne auch Meier-Schatz, AB 2002 N 1451; Polla, AB 2002 N 1451 [nach ihr würde zudem erst mit der Sanktion Art. 96BV umgesetzt];Kommissionssprecherin Fässler im Nationalrat, AB 2002 N 1452; Kommissionssprecher Schiesser im Ständerat, AB 2003 S 333, 335; Slongo und Bürgi, AB 2003 S 334). Widersprüchlich wäre es deshalb, wenn trotz identischer Abreden mit gleicher Zielrichtung nur gewisse Abreden sanktioniert würden. Insgesamt ergibt sich somit aus der parlamentarischen Beratung, dass die in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG aufgeführten Abreden Anlass für eine Sanktionierung der Unternehmen bilden. Auch der Bundesrat hat sich in diesem Sinne geäussert: "Vom Anwendungsbereich der direkten Sanktionen ausgenommen sind demnach nach Artikel 5 Absatz 1 unzulässige Verhaltensweisen, welche keine Preis-, Mengen- oder Gebietsabreden zum Gegenstand haben. Ebenso wenig können Preis-, Mengen- und Gebietsabreden direkt sanktioniert werden, die den wirksamen Wettbewerb weder beseitigen noch erheblich beeinträchtigen beziehungsweise die durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt sind" (Botschaft KG II, BBl 2002 2037 Ziff. 2.1.3). Da der Bundesrat keine Ergänzung des Art. 5 KG vorgeschlagen hat, bezogen sich seine Ausführungen zur Sanktionierung nur

auf die horizontalen Abreden. Nachdem allerdings das Parlament mit der Einführung von Art. 5 Abs. 4 KG vertikale Abreden über Mindest- oder Festpreise sowie über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden, den horizontalen Abreden in Bezug auf die Schädlichkeit gleichgestellt hat, besteht zwischen diesen beiden Abreden kein kategorialer Unterschied mehr, weshalb die Ausführungen des Bundesrates ohne Weiteres auch für die vertikalen Abreden nach Art. 5 Abs. 4 KG gelten

(so verstehen dies auch AMSTUTZ/REINERT, Vertikale Preis- und Gebietsabreden - eine kritische Analyse von Art. 5 Abs. 4 KG [nachfolgend: Jusletter], Jusletter 27. September 2004 Rz. 124).

9.4.6 Zusammenfassend sind mit "Abreden nach Artikel 5 Absätze 3 und 4" diejenigen Abreden gemeint, die in den beiden Absätzen aufgeführt sind. Art. 49a Abs. 1 KG nimmt somit Bezug auf den Abredetyp. Diese Abreden sind deshalb zu sanktionieren, weil sie aus Sicht des Gesetzes als besonders problematisch betrachtete Einschränkungen der marktbezogenen Handlungsfreiheit gelten, aber sie sind nur dann zu sanktionieren, wenn sie nach Art. 5 Abs. 1 KG unzulässig sind. Unzulässig sind solche Abreden nach Art. 5 Abs. 1 KG, wenn sie den Wettbewerb beseitigen oder den Wettbewerb ohne Rechtfertigung erheblich beeinträchtigen. Umgekehrt formuliert heisst dies: "Vom Anwendungsbereich der direkten Sanktionen ausgenommen sind demnach nach Artikel 5 Absatz 1 unzulässige Verhaltensweisen, welche keine Preis-, Mengen- oder Gebietsabreden zum Gegenstand haben. Ebenso wenig können Preis-, Mengen- und Gebietsabreden direkt sanktioniert werden, die den wirksamen Wettbewerb weder beseitigen noch erheblich beeinträchtigen beziehungsweise die durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt sind [oder m.a.W. die nach Art. 5 Abs. 1 KG zulässig-sind]" (Botschaft KG II, 2002 2037 Ziff. 2.1.3, keine Hervorhebung im Original). Dieses Auslegungs resultat entspricht einem gewichtigen Teil der Lehre (vgl. z.B. ROTH/BOVET, in: Commentaire, a.a.O., N. 10 f. zu Art. 49a KG; ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., N. 1119 ff.; HÄNNI/STÖCKLI, a.a.O., N. 533; PATRIK DUCREY, Das schweizerische Kartellrecht/Sanktionen [nachfolgend: Sanktionen], SBVR Bd. XI, 2. Aufl. 2007, S. 766 ff., Rz. 496; DUCREY, IWR, a.a.O., Rz. 1262; DÄHLER/KRAUSKOPF/STREBEL, Aufbau und Nutzung von Marktpositionen, in: HAP IX, a.a.O., S. 267 ff., 315 [Rz. 8.115]; ROGER ZÄCH, Die sanktionsbedrohten Verhaltensweisen nach Art. 49a Abs. 1 KG, insbesondere der neue Vermutungstatbestand für Vertikalabreden, in: Kartellgesetzrevision, a.a.O., S. 23 ff., 33 ff.; KRAUSKOPF/SENN, Die Teilrevision des Kartellrechts - Wettbewerbspolitische Quantensprünge, sic! 1/2003 S. 3 ff., 9; KRAUSKOPF/SCHALLER, in: BSK KG, a.a.O., N. 650 zu Art. 5 KG; DOSS, a.a.O., Rz. 252; WEBER/ZEIER, a.a.O., S. 195 f.; PETER REINERT, in: SHK a.a.O., N. 8 zu Art. 49a KG; TAGMANN/ZIRLICK, in: BSK KG, a.a.O., N. 6 ff. zu Art. 49a; CHRISTOPH TAGMANN, Die direkten Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1

Kartellgesetz, 2007, S. 48; siehe auch BGE 135 II 60 E. 3.1.1 i.f. S. 67. Anderer Auffassung sind folgende Autoren: AMSTUTZ/REINERT, Jusletter, a.a.O., Rz. 124; AMSTUTZ/REINERT, in: Kartellgesetzrevision, a.a.O., S. 104; BORER, a.a.O., N. 8 zu Art. 49a KG; DAVID/JAKOBS, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2012, Rz. 766; GIGER, a.a.O., S. 874; HOFFET/NEFF, Ausgewählte Fragen zum revidierten Kartellgesetz und zur KG-Sanktionsverordnung, Anwaltsrevue 2004 S. 129 ff., 130; JACOBS/BÜRGI, Auswirkungen der Kartellgesetzrevision auf Verträge, SJZ 2004 S. 149 ff., 149 f.; PHILIPPE SPITZ, Ausgewählte Problemstellungen

im Verfahren und bei der praktischen Anwendung des revidierten Kartellgesetzes, sic! 7+8/2004 S. 553 ff., 561; PIERRE KOBEL, Sanctions du droit des cartels et problèmes de droit adminstratif pénal, AJP 2004 S. 1150 ff., 1153; NIGGLI/RIEDO, BSK KG, a.a.O., N. 96, 103 f. zu Vor Art. 49a-53 KG; VENTURI/FERRARI, Les accords de coopération en droit des cartels, in: Coopération et fusion d'entreprises, Blanc/Dallèves [Hrsg.], 2005, S. 37 ff., 71 ff.; PHILIPPE ZURKINDEN, Direkte Sanktionen im Schweizer Kartellgesetz und deren Berechnung, Anwaltsrevue 2007 S. 110 ff., 110; DANIEL ZIMMERLI, Zur Dogmatik des Sanktionssystems und der "Bonusregelung" im Kartellrecht, 2007, S. 481 ff.).

9.5 Abgleich zwischen Art. 7 EMRK und Art. 49a Abs. 1 KG

Zu prüfen ist schliesslich, ob Art. 49a Abs. 1 KG den Vorgaben des Grundsatzes "keine Strafe ohne Gesetz" (Art. 7 EMRK und Art. 5 Abs. 1 BV i.V.m. Art. 1 StGB; BGE 138 IV 13 E. 4.1 S. 19 f.) genügt. Nach Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen sanktioniert, wenn es sich u.a. an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 4 KG beteiligt hat. Art. 5 Abs. 4 2. Teil KG enthält folgende Tatbestandselemente: Abrede zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen; Abrede in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden. Aufgrund der bereits oben erfolgten Auslegung (E. 6.1-6.3) ergibt sich Folgendes: Bei Abreden über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden, handelt es sich nur um solche, welche einen absoluten Gebietsschutz meinen. Aus den in der Auslegung berücksichtigten parlamentarischen Beratungen, rechtswissenschaftlichen Abhandlungen und Lehrbüchern ist klar ersichtlich, was darunter zu verstehen ist. So hat Kommissionsprecher Schiesser mit den anderen Votanten der Mehrheit im Ständerat ausführlich darüber berichtet, was unter der Formulierung zu

verstehen ist, was ein absoluter Gebietsschutz darstellt und was nicht (vgl. Kommissionssprecher Schiesser im Ständerat, AB 2003 S 329 f.). Die Erkenntnisse der Rechtswissenschaft decken sich mit diesem Ergebnis. Dass mit dem Begriff "Vertriebsvertrag" nicht nur der eigentliche Vertriebsvertrag, sondern auch einzelne Klauseln gemeint sind, hat der Bundesrat bereits früh im Zusammenhang mit dem geistigen Eigentum klargemacht, entspricht der herrschenden Lehre und ist ebenso Resultat der Auslegung. Insofern ist die ausgelegte Norm genügend bestimmt, um das unerwünschte Verhalten zu bezeichnen. Eine Abgrenzung zu Art. 5 Abs. 1 KG ist klar. Welches die "spezifische[n]Abgrenzungsprobleme" sind, lässt die Beschwerdeführerin offen. Ein Rekurs auf das europäische Recht ist nicht notwendig, um zu bezeichnen, was ein absoluter Gebietsschutz darstellt. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin verbietet Art. 7 EMRK nicht, dass neben dem Wortlaut auch die anderen Auslegungselemente hinzugezogen werden können (vgl. BGE 139 I 72 E. 8.2.3 S. 86).

9.6 Subsumtion unter den Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG

9.6.1 Nach den bisherigen Ausführungen ist erstellt, dass die Beschwerdeführerin ein Unternehmen i.S. von Art. 49a Abs. 1 KG (i.V.m. Art. 2 Abs. 1 bis KG) ist, dieses an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 4 mitgewirkt hat und Art. 49a Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 KG für eine Sanktionsauferlegung genügend bestimmt ist. Damit ist der objektive Tatbestand erfüllt. Fraglich ist noch, ob auch das Verschulden gegeben ist (vgl. Urteil 2C_484/2010 vom 29. Juni 2012 E. 12.2.1, nicht publ. in: BGE 139 I 72 ; BORER, a.a.O., N. 11 zu Art. 49a KG; YVO HANGARTNER, Aspekte des Verwaltungsverfahrensrechts nach dem revidierten Kartellgesetz von 2003 [nachfolgend: Verwaltungsverfahren], in: Kartellgesetzrevision, a.a.O., S. 251 ff., 274 ff.; SPITZ, a.a.O., S. 564 f.; TAGMANN, a.a.O., S. 72; REINERT, in: SHK, a.a.O., N. 5 zu Art. 49a KG; DOSS, a.a.O., Rz. 260, 267; TAGMANN/ZIRLICK, a.a.O., N. 10 zu Art. 49a KG; NIGGLI/RIEDO, a.a.O., N. 105 zu Vor Art. 49a-53 KG; a.A. vor allem Botschaft KG II, BBl 2002 2034 Ziff. 2.1.1).

9.6.2 Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin ist ihr Kartellrechtsverstoss auch subjektiv zurechenbar . Erforderlich ist dafür Vorwerfbarkeit. Massgebend ist ein objektiver Sorgfaltsmangel i.S. eines Organisationsverschuldens (vgl. Urteil 2C_484/2010 vom 29. Juni 2012 E. 12.2.2 m.w.H., nicht publ. in: BGE 139 I 72 ; DOSS, a.a.O., Rz. 260; HANGARTNER, Verwaltungsverfahren, a.a.O., S. 277 f.).

Dabei ergeben sich die Sorgfaltspflichten im Rahmen des Kartellrechts primär aus dem KG; die Unternehmen müssen sich an die Regeln des KG halten: So haben die Unternehmen Wettbewerbsabreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG zu unterlassen (vgl. DOSS, a.a.O., Rz. 261; TAGMANN, a.a.O., S. 72, 73). Liegt ein nachweisbares wettbewerbswidriges Verhalten vor, so ist in aller Regel auch die objektive Sorgfaltspflicht verletzt (vgl. PETER REINERT, Die Sanktionsregelung gemäss revidiertem Kartellgesetz, in: Das revidierte KG, a.a.O., S. 147 ff., 151), denn die Unternehmen müssen über die Regeln des KG, über die dazu ergangene Praxis und die einschlägigen Bekanntmachungen informiert sein (vgl. DOSS, a.a.O., Rz. 261; TAGMANN, a.a.O., S. 73). Im Übrigen besteht auch die Möglichkeit, sich über die aktuelle Rechtslage bei der WEKO zu informieren. Die Änderung von Art. 5 KG und die Einführung von Art. 49a KG traten am 1. April 2004 in Kraft. Während der Jahre 2002 und 2003 wurden die Änderungen des KG im Parlament intensiv beraten. Es erfolgten zudem mehrere Pressemitteilungen der Kommissionen für Wirtschaft und Abgaben (WAK) des Ständerats und des Nationalrats über das Thema der abgeschotteten Märkte und des absoluten Gebietsschutzes. Auch die VertBek 2002 war bereits veröffentlicht. Angesichts des klaren Wortlauts von Ziff. 3.2 des Vertrags vom 1. Februar 1982 musste der Beschwerdeführerin bewusst sein, dass ihr Verhalten problematisch war; insofern ist ihre Behauptung, dass kein Grund für rechtliche Zweifel bestanden hätte, nicht nachvollziehbar. Im Übrigen ist Ziff. 3.2 des erwähnten Vertrags bereits vor dem 1. April 2004 rechtlich problematisch gewesen, auch wenn noch keine Sanktionsmöglichkeit nach Art. 49a KG bestanden hatte. Sowohl die VertBek 2002 als auch das Bundesgericht (BGE 129 II 18 E. 9.5.5) haben zudem eine Marktabschottung als bedenklich und unzulässig bezeichnet. Angesichts dieses Umstands und der breiten Information der parlamentarischen Beratung mittels der WAK-Pressemitteilungen muss konstatiert werden, dass die Beschwerdeführerin keineswegs mit der geforderten Schnelligkeit ihren Vertrag vom 1. Februar 1982 angepasst hat, was - worauf die Vorinstanz ausdrücklich hingewiesen hat - leicht zu bewerkstelligen gewesen wäre. Vielmehr hat die Beschwerdeführerin mehr als zwei Jahre seit Inkrafttreten der Anpassung von Art. 5 KG und der Einführung der Sanktionsbestimmung ins KG für eine Vertragsänderung aufgewendet (”Distribution Agreement” und ”Agreement on the Manufacture of Dental Products” vom 1. September 2006). Im

Übrigen wirken Compliance-Programme nicht schuldausschliessend (vgl. DOSS, a.a.O., Rz. 264; TAGMANN, a.a.O., S. 82; TAGMANN/ZIRLICK, a.a.O., N. 111 zu Art. 49a KG; Bericht des Bundesrates vom 15. Februar 2012 zur Abschreibung der Motion Schweiger [07.3856]: Ausgewogeneres und wirksameres Sanktionssystem für das Schweizer Kartellrecht, BBl 2012 1835, 1836).

9.7 Rechtsfolge: Sanktionierung

9.7.1 Sind die Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 49a Abs. 1 erster Halbsatz KG erfüllt, ist das Unternehmen mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes zu sanktionieren (vgl. BGE 137 II 199 E. 6.2 S. 217). Der Betrag bemisst sich dabei nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Insofern ist auch entsprechend dem Verhältnismässigkeitsprinzip nach Art. 5 Abs. 2 BV zu berücksichtigen, ob mit der Abrede wirksamer Wettbewerb beseitigt oder erheblich beeinträchtigt wurde. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen. Im Rahmen der konkreten Sanktionsbemessung wird der im Einzelfall auszusprechende Betrag innerhalb des abstrakten - in Art. 49a Abs. 1 KG festgelegten - Sanktionsrahmens anhand der in Art. 2 ff. der KG-Sanktionsverordnung vom 12. März 2004 (SVKG; SR 251.5) enthaltenen Kriterien konkret bestimmt (vgl. Urteil 2C_484/2010 vom 29. Juni 2012 E. 12.3.1, nicht publ. in: BGE 139 I 72 ; DOSS, a.a.O., Rz. 269; TAGMANN, a.a.O., S. 218).

9.7.2 Für die Sanktionsbemessung ist vom Basisbetrag auszugehen (Art. 3 SVKG). Dieser bildet je nach Schwere und Art des Verstosses bis zu 10 Prozent des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat (Art. 3 SVKG). Der Basisbetrag hängt dabei von der Dauer des Wettbewerbsverstosses ab: Dauert der Wettbewerbsverstoss zwischen ein und fünf Jahren, so wird der Basisbetrag um bis zu 50 Prozent erhöht. Dauert der Wettbewerbsverstoss mehr als fünf Jahre, so wird der Betrag pro zusätzliches Jahr um bis zu je 10 Prozent erhöht (Art. 4 SVKG). Erschwerende bzw. mildernde Umstände erhöhen bzw. vermindern den Basisbetrag (Art. 5 und 6 SVKG). Die Sanktion ist begrenzt; sie kann in keinem Fall mehr als 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes des Unternehmens betragen (Art. 7 SVKG; Art. 49a Abs. 1 Satz 1 KG). Bei der Festsetzung der Sanktion ist entsprechend Art. 5 Abs. 2 BV das Prinzip der

Verhältnismässigkeit zu beachten (Art. 2 Abs. 2 SVKG). Zumutbar ist dabei eine Sanktion grundsätzlich nur dann, wenn die Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens bewahrt wird; logischerweise ist dabei auch dessen Existenz miteingeschlossen (vgl. Urteil 2C_484/2010 vom 29. Juni 2012 E. 12.3.2, nicht publ. in: BGE 139 I 72 ; DOSS, a.a.O., Rz. 270; BORER, a.a.O., N. 15 zu Art. 49a KG). Die Sanktionen sollen schmerzen, aber ein Unternehmen nicht in den Konkurs treiben, denn damit wäre dem Wettbewerb letztlich nicht gedient (vgl. KRAUSKOPF/SENN, a.a.O., S. 11). Insofern soll der Bussenbetrag in einem zumutbaren Verhältnis zur Leistungsfähigkeit des Unternehmens stehen. Allerdings muss der finanzielle Nachteil so gross sein, dass sich eine Beteiligung an einer Zuwiderhandlung nicht lohnt (dazu DOSS, a.a.O., Rz. 271; KRAUSKOPF/SENN, a.a.O., S. 10 f.). Was die konkrete Sanktionsbemessung betrifft, so ist zunächst der Basisbetrag anhand des relevanten Marktes (vgl. Art. 11 Abs. 3 der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen [VKU; SR 251.4]), des Umsatzes (Art. 9 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 4 VKU) und der Art und Schwere des Verstosses zu bestimmen; dabei ist auch dem Umstand Rechnung zu tragen, ob der Verstoss in einer Beseitigung oder erheblichen Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs liegt. Anschliessend ist aufgrund der Dauer der Widerhandlung der Basisbetrag zu erhöhen; schliesslich sind mildernde oder erschwerende Umstände mit einzubeziehen (dazu Urteil 2C_484/2010 vom 29. Juni 2012 E. 12.3.2, nicht publ. in BGE 139 I 72 ; DOSS, a.a.O., S. 161 ff.; TAGMANN, a.a.O., S. 218 ff.; KRAUSKOPF/SENN, a.a.O., S. 10 ff.).

9.7.3 Der angefochtene Entscheid stellt die massgeblichen Kriterien korrekt dar und führt auch detailliert aus, wie diese Kriterien im vorliegenden Fall anzuwenden sind. Die Vorinstanz geht von einem mittelschweren Verstoss und entsprechend Art. 3 SVKG von einem Basisbetrag von 5 % aus . Insofern berücksichtigt sie den Umstand, dass es sich beim Verstoss "lediglich" um eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs handelte. Der Verstoss dauerte vom 1. April 2004 bis zum Abschluss des neuen Vertrags am 1. September 2006.

Sanktionsmildernd wird berücksichtigt, dass Spar - als kleiner Detailhändler - in geringem Umfang Elmex rot importieren konnte, was zu einem gewissen Intrabrand-Wettbewerb geführt hat. Erschwerende Umstände werden verneint. Unter Berücksichtigung aller Umstände sowie des Verhältnismässigkeitsprinzips erachtet die

Vorinstanz mit der WEKO eine Belastung von 4'820'580.- Franken als angemessen.

9.7.4 Was die Beschwerdeführerin dagegen vorbringt, vermag an der korrekten Sanktionsbemessung nichts zu ändern: Die Beschwerdeführerin moniert, dass vertikale Abreden mit begrenzter Auswirkung nicht als schwere Verstösse betrachtet werden dürften. Zur Begründung beruft sie sich auf die Leitlinien für die Festsetzung von Geldbussen nach Massgabe der EWR-Wettbewerbsregeln (ABl. C 10 vom 16. Januar 2003 S. 16 [nachfolgend: Leitlinien Geldbussen EWR]) und auf die 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. 5), welche drei Gruppen unterscheidet. Letztere Leitlinie wurde durch die 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) aufgehoben; darin verzichtet die EU auf die drei Gruppen. Grund dafür war die Praxisuntauglichkeit (vgl. etwa TAGMANN/ZIRLICK, a.a.O., N. 50 zu Art. 49a KG). Die Vorinstanz hat den Verstoss nur als mittelschweren bezeichnet; insofern stützen sich die Argumente der Beschwerdeführerin auf eine falsche Prämisse. Ferner ergeben sich weder aus der Botschaft KG II noch aus der parlamentarischen Beratung Hinweise, dass für das Sanktionensystem EU-Recht beizuziehen wäre. Zu berücksichtigen ist auch, dass die Schwere eines Verhaltens auch vom beeinträchtigten Markt abhängt. So kann entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin nicht nur ein Teil des europäischen Binnenmarktes mit der Schweiz verglichen werden, sondern es wäre der gesamte EU-Binnenmarkt dem schweizerischen Binnenmarkt gegenüberzustellen. Würde jener abgeschottet, so läge die gleiche Situation wie im vorliegenden Fall vor: die Abschottung des schweizerischen Markts. Dies würde nach EU-Recht einem schweren Verstoss entsprechen, was in casu indes milder beurteilt wurde. Die Leitlinien Geldbussen EWR sprechen zudem bereits bei einer Abschottung eines nationalen Marktes von einem besonders schweren Verstoss (vgl. Ziff. 2.A. drittes Lemma). Insofern sind die von der Beschwerdeführerin angeführten Fälle für die hier zu beurteilende Situation unerheblich.

Angesicht der bisherigen Ausführungen sind die Argumente der Beschwerdeführerin zu den fehlenden Auswirkungen der Abrede und zur Behauptung, es liege eine Technologietransfer-Vereinbarung vor, unbehelflich. Strafmildernd wurde ausserdem der Tatsache Rechnung getragen, dass Spar parallel importieren konnte. Für die Strafzumessung keine Bedeutung haben im vorliegenden Fall die Compliance-Programme der Beschwerdeführerin. Compliance-Programme sind Führungsinstrumente eines Unternehmens zur Implementierung organisatorischer Massnahmen im Hinblick auf die Vermeidung rechtswidrigen Verhaltens. Mit Blick auf die Kartellrechtsordnung bezwecken solche Programme, wettbewerbswidrige Verhaltensweisen durch Information und Schulung von Mitarbeitenden gar nicht erst entstehen zu lassen (vgl. etwa TAGMANN, a.a.O., S. 80 m.w.H.; DOSS, a.a.O., Rz. 264; TAGMANN/ZIRLICK, a.a.O., N. 111 m.w.H. zu Art. 49a KG). Hier geht es nicht um wettbewerbswidrige Verhaltensweisen von Mitarbeitenden unterer Verantwortlichkeitsstufen, sondern um eine Vertragsklausel in einem Lizenzvertrag, der von Personen der Führungsebene abgeschlossen wurde. Unter diesen Umständen kann die Berufung der Beschwerdeführerin auf ihr Compliance-Programm nicht strafmildernd berücksichtigt werden. (...)