

Wettbewerbskommission sanktioniert Behinderung von Parallelimporten: Der Fall Elmex

Daniel Bachmann, Rechtsanwalt und Notar, Partner, Legal Services, daniel.bachmann@ch.ey.com

Liebe Kunden und Geschäftsfreunde

An Meldungen über die Verhängung hoher Bussen durch die Europäische Kommission wegen unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen hat man sich mittlerweile schon fast gewöhnt. Werden indessen von der Eidgenössischen Wettbewerbskommission («WEKO») hohe Sanktionen ausgesprochen, lässt dies aufhorchen. In Erinnerung sind insbesondere die beiden gegen die Swisscom verhängten Sanktionen in Höhe von CHF 333 Mio. (Entscheid vom Februar 2007 betr. Terminierungsgebühren, der mittlerweile vom Bundesverwaltungsgericht aufgehoben wurde) und CHF 220 Mio. (Entscheid vom November 2009 betr. Preispolitik bei ADSL-Diensten). Beide (noch nicht rechtskräftigen) Entscheide betreffen den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Art. 7 des Kartellgesetzes («KG»). Anfangs Dezember 2009 wurde nun die Herstellerin der Zahnpasta Elmex, die Gaba International AG, wegen eines Exportverbots, das sie ihrem Lizenznehmer in Österreich auferlegt hatte, zu einer Busse von CHF 4.8 Mio. verurteilt. Es ist dies in der Schweiz erst der zweite Fall einer wegen einer sog. vertikalen Wettbewerbsbeschränkung ausgesprochenen Sanktion.

Daniel Bachmann
Partner, Legal
daniel.bachmann@ch.ey.com

1. Sachverhalt

Auslöser für die gegenüber Gaba International AG («Gaba») ausgesprochene Sanktion, war ein Vertrag von 1982, mit welchem Gaba ihrer österreichischen Lizenznehmerin und Vertreiberin, Gebro Pharma GmbH («Gebro»), ein Exportverbot für die in Lizenz hergestellte Zahnpasta Elmex auferlegte. Die fragliche Klausel lautete wie folgt: «*Gebro verpflichtet sich [...], die Vertragsprodukte ausschliesslich in dem ihr vertraglich zustehenden Gebiet [Österreich] herzustellen und zu vertreiben und weder direkt noch indirekt Exporte in andere Länder vorzunehmen.*» Die Denner AG («Denner»), die Elmex im Jahre 1994 aus ihrem Sortiment gestrichen hatte, unternahm ab 2003 verschiedene Versuche, um von Gaba mit Elmex beliefert zu werden. Da Gaba die Belieferung von Denner verweigerte, versuchte Denner, Elmex parallel aus Österreich zu importieren; dies letztlich mit dem Ziel, Elmex auf dem schweizerischen Markt zu einem gegenüber den Wettbewerbern tieferen Preis anbieten zu können. Die zu diesem Zweck angefragte österreichische Zwischenhändlerin beschied Denner, dass sie von Gebro für Exportzwecke nicht mit Elmex beliefert werde. Im Herbst 2005 reichte Denner bei der WEKO eine Anzeige gegen Elmex ein. Nach einer Voruntersuchung eröffnete die WEKO schliesslich im Frühjahr 2007 ein Untersuchungsverfahren, welches im Dezember 2009 mit dem hier referierten

Sanktionsentscheid abgeschlossen wurde. Der Entscheid ist noch nicht rechtskräftig. Es ist davon auszugehen, dass er an das Bundesverwaltungsgericht weitergezogen wird.

Obwohl sich Denner im Frühjahr 2009 vom Verfahren distanzierte, weil sie inzwischen aus der Schweiz mit Elmex beliefert wurde, und obwohl Gaba und Gebro im Jahre 2006 ihren Vertrag änderten und das absolute Exportverbot aufhoben, setzte die WEKO das Verfahren aus grundsätzlichen Überlegungen fort. Nach eigenem Bekunden will die WEKO «*vertragliche Behinderungen von Parallelimporten weiterhin mit hoher Priorität verfolgen*». Insbesondere will sie damit verhindern, dass die per 1. Juli 2009 in Kraft getretene Revision des Patentgesetzes - mit welcher für patentgeschützte und nicht einer staatlichen Preiskontrolle unterliegende Erzeugnisse Parallelimporte erleichtert werden - und die bevorstehende Einführung des Cassis-de-Dijon Prinzips unterlaufen werden.

2. Erwägungen

Die WEKO qualifizierte die im Sachverhalt zitierte Exportverbotsklausel als *vertikale Wettbewerbsabrede* über die exklusive Zuweisung von Gebieten. Als «*vertikal*» wurde die Abrede eingestuft, weil sie zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen, d.h. zwischen Gaba als Primärherstellerin und Lizenzgeberin und Gebro als Lizenznehmerin und

Vertreiberin abgeschlossen wurde. Entscheidend war der Umstand, dass es Gebro nicht nur verboten war, die von ihr in Lizenz hergestellte Zahnpasta *aktiv* ins Ausland (und damit auch in die Schweiz) zu verkaufen, sondern dass auch sog. *passive* Verkäufe, d.h. ohne Zutun von Gebro von (ausländischen) Nachfragern (wie z.B. Denner) initiierte Verkäufe, verboten waren. Zusammen mit der Tatsache, dass Gaba auch den Vertrieb von Elmex in weiteren europäischen Märkten kontrollierte, führte das nach den Feststellungen der WEKO zu einem *absoluten Gebietschutz* mit Auswirkungen auf die Schweiz.

Nach Art. 5 Abs. 4 KG wird bei derartigen Abreden eine *Beseitigung* des wirksamen Wettbewerbs *vermutet*. Die Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs konnte in der Folge zwar nicht erhärtet werden. Die WEKO kam nämlich zum Schluss, dass auf dem schweizerischen Markt - trotz der durch die Abrede zwischen Gaba und Gebro bewirkten Abschottung - der Wettbewerb zwischen Anbietern von Elmex (sog. Intra-brand-Wettbewerb) nicht gänzlich unterbunden war und dass auch ein Wettbewerb zwischen Anbietern verschiedener Zahnpasten (sog. Inter-brand-Wettbewerb) herrschte. Somit war weiter zu prüfen, ob zumindest eine *erhebliche* Beschränkung des Wettbewerbs im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG vorlag. Dies wurde von der WEKO bejaht. Einerseits bestand eine schriftlich verbrieft Gebietsabrede (qualitatives Kriterium). Andererseits folgerte die WEKO, dass die von Denner anvisierten Parallelimporte aufgrund der Preisunterschiede zwischen Österreich und der Schweiz für Elmex Zahnpasta in der Schweiz eine preissenkende Wirkung gehabt hätten (quantitatives Kriterium). Diese Wirkung sei durch die Abrede vereitelt worden.

Obwohl - wie festgestellt - nicht von einer gänzlichen Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs auszugehen war, belegte

die WEKO sowohl Gaba als auch Gebro mit einer *Verwaltungssanktion*. Diese beträgt gemäss Art. 49a Abs. 1 KG im Maximum 10% des von jedem beteiligten Unternehmen in den letzten drei Jahren in der Schweiz erzielten (Gesamt-) Umsatzes. Im Ergebnis entfielen auf Gaba bzw. Gebro Sanktionsbeträge in Höhe von rund CHF 4.8 Mio. bzw. CHF 10'000.

3. Schlussfolgerungen

Ob der Entscheid der WEKO vor dem Bundesverwaltungsgericht und allenfalls später vor dem Bundesgericht zu bestehen vermag, muss offen bleiben. Gaba wird - wie schon im Verfahren vor der WEKO - sicher nicht versäumen, unter anderem geltend zu machen, dass Denner nie einen Versuch unternahm, direkt bei Gebro (und nicht nur bei der Zwischenhändlerin) zu bestellen. Ferner werden sich die Gerichte voraussichtlich mit weiteren, bisher in Lehre und Praxis umstrittenen Fragen zu befassen haben: Nämlich, ob (1) bei vorhandenem Inter-brand-Wettbewerb überhaupt von einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs ausgegangen werden kann und ob (2) bei Bejahung einer erheblichen Beeinträchtigung (und nicht nur bei einer Beseitigung) des wirksamen Wettbewerbs eine Sanktion ausgesprochen werden kann oder nicht.

Unabhängig vom Ausgang des Verfahrens in Sachen Elmex, ist dringend zu empfehlen, bei bestehenden oder beim Abschluss von neuen Vertriebsvereinbarungen mit exklusiven Gebietszuteilungen auf Klauseln zu verzichten, die auch die sog. Passivverkäufe (aufgrund spontaner, nicht aktiv beworbener Bestellungen) verbieten und die damit einen absoluten Gebietschutz bewirken. Gestützt auf Art. 5 KG und gestützt auf die Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden ist die WEKO offensichtlich gewillt, solche Vereinbarungen mit aller Härte zu bekämpfen.

Ernst & Young

Assurance | Tax | Legal | Transactions | Advisory

Ernst & Young ist ein weltweit führendes Unternehmen in den Bereichen Wirtschaftsprüfung, Steuern, Transaktionen und Beratung. Unsere 144 000 Mitarbeitenden auf der ganzen Welt verbinden unsere gemeinsamen Werte sowie ein konsequentes Bekenntnis zur Qualität. In der Schweiz ist Ernst & Young ein führendes Wirtschaftsprüfungs- und Beratungsunternehmen und bietet Dienstleistungen in den Bereichen Steuern und Recht sowie Transaktionen und Rechnungslegung an. Unsere 1 940 Mitarbeitenden in der Schweiz haben im Geschäftsjahr 2008/2009 einen Umsatz von CHF 546 Mio. erwirtschaftet. Wir differenzieren uns, indem wir unseren Mitarbeitenden, Kunden und Anspruchsgruppen helfen, ihr Potenzial auszuerschöpfen. Weitere Informationen finden Sie auf unserer Website www.ey.com/ch.

Ernst & Young bezieht sich auf die globale Organisation der Mitgliedsfirmen von Ernst & Young Global Limited, von denen jede eine eigene Rechtseinheit bildet. Ernst & Young Global Limited, UK, erbringt keine Dienstleistungen für Kunden.

Impressum

Legal News

Elektronische Publikation in deutscher, französischer und englischer Sprache

Konzept und Realisation

Ernst & Young AG
Marketing and External Communications
Postfach
8022 Zürich

Abonnemente/Adressänderungen

www.ey.com/ch/newsletter

www.ey.com/ch/legal

© 2010 Ernst & Young AG
All Rights Reserved.

Mit den Legal News wird ein Überblick über neue rechtliche Entwicklungen vermittelt. Der Inhalt stellt keine Rechtsauskunft dar.

Kontakte Legal

Basel: Dominik Matter
dominik.matter@ch.ey.com

Bern: Daniel Bachmann
daniel.bachmann@ch.ey.com

Genf: Olivier Dunant
olivier.dunant@ch.ey.com

Zürich: René Schwarzenbach
rene.schwarzenbach@ch.ey.com