

Dr. Christian Alexander Meyer\*

## Verbotene Vertriebsabsprachen mit Wirkung für die Schweiz\*\*

### I. Einleitung

Das Schweizer Bundesgericht<sup>1</sup> hat am 21. April 2017 die Begründung zum lange erwarteten Gaba- oder Elmex-Entscheid vom 28. Juni 2016 veröffentlicht.<sup>2</sup> Die Begründung bestätigt und festigt die jüngste Praxis der Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts<sup>3</sup> und der Wettbewerbskommission<sup>4</sup> zum Schweizer Kartellgesetz<sup>5</sup> zu verbotenen Gebietsabreden.

Zusammengefasst sind folgende kartellrechtliche Kernbeschränkungen<sup>6</sup> gemäß Art. 5 KG praktisch verboten und werden sanktioniert:

- Abreden zwischen Wettbewerbern über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen, die Einschränkung von Produktions-, Liefer- oder Bezugsmengen oder die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern (Art. 5 Abs. 3 KG) sowie
- Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen über Preise, Zuweisung von Gebieten mit passivem Belieferungsverbot Gebietsfremder in die zugewiesenen Gebiete (Art. 5 Abs. 4 KG).

Urteilstext und Kommentar vermitteln die Rechtsprechung anhand folgender Themen: Auswirkungsprinzip einer Wettbewerbsbeschränkung auf die Schweiz (Abschnitt V), Qualität der Erheblichkeit der Beschränkung (VI), Beeinträchtigung des Wettbewerbs (VII), Subsumtion unter die Gesetzesbestimmung (VIII), KG und Recht der EU (IX), Auslandsachverhalt und Völkerrecht (X), Sanktion (XI), Wandel (XII) und Ausblick für die Praxis (XIII).

### II. Sachverhalt

Ausgangspunkt war ein 1982 erlaubtes Verhalten in Österreich, das durch die Gesetzgebung 2004 und nun auch den Richter sanktioniert wird.

\* Dr. iur. HSG, St. Gallen, licentié spécial en droit européen ULB, Brüssel, arbeitet als Rechtsanwalt und Schiedsrichter in ZÜRICH. Er bespricht die jüngsten beiden kartellrechtlichen Bundesgerichtsurteile zu Gebietsabsprachen mit Wirkung für die Schweiz (Gaba und Gebro).

\*\* Der Aufsatz verschafft einen Überblick über die verbotenen Kartellrechtsabsprachen in Vertriebsverträgen in der Schweiz anhand der jüngsten Rechtsprechung des Bundesgerichts.

1 Nachfolgend BGer.

2 Im Zentrum stand die Herstellung und der Vertrieb von Zahnpflegeprodukten der Marke ELMEX. Die Wettbewerbskommission, WEKO, hat am 30. November 2009 die Colgate-Palmolive Europe Sàrl (ehemals Gaba International AG, THERWIL, Schweiz) und die Gebro Pharma GmbH, FIEBERBRUNN, Österreich wegen unzulässiger Wettbewerbsabreden gebüsst. Daraus ergaben sich zwei Verfahren und das „Gaba“-Urteil des Bundesgerichts vom 28. Juni 2016 (2C\_180/2014, nachfolgend „Gaba“) und das Gebro-Urteil vom 4. April 2017 (2C\_172/2014, nachfolgend „Gebro“). Gebro lehnt sich an Gaba an und beschränkt sich primär auf die Frage der Kostenfolgen. Die Urteile sind unter [www.bger.ch](http://www.bger.ch) abrufbar.

3 Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 16. September 2016 in Sachen Nikon AG/WEKO B-581-2012: Darin wurde der Vorwurf an die Nikon Gruppe des Ausschlusses von passiven Verkäufen durch ausländische Vertriebspartner in die Schweiz und eine Busse von CHF 12 Mio. wegen unzulässiger Gebietsabrede gemäß Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG bestätigt. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 13. November 2015 in Sachen BMW gegen WEKO B-3332/2012: Bestätigung der Sanktion von CHF 156 Mio. wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäß Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG. Dagegen ist eine Beschwerde am BGer hängig. Deren Ausgang dürfte mit Gaba aber vorbestimmt sein.

4 Nachfolgend WEKO.

5 Nachfolgend KG vom 6. Oktober 1995, SR 251.

6 Art. 5 Abs. 3 und 4 KG regeln die horizontalen und vertikalen Kernbeschränkungen des KG. Wobei Art. 5 Abs. 4 KG 2004 neu in das KG aufgenommen wurde.

Zwischen der heutigen Colgate Palmolive Tochter Gaba International („Gaba“) und der Gebro Pharma („Gebro“) bestand ein Lizenzvertrag seit dem 1. Februar 1982 bis am 31. August 2006. Darin verpflichtete sich Gaba die Ausfuhr von Elmex Zahnpflegeprodukten nach Österreich mit allen ihr zu Gebote stehenden Mitteln zu verhindern und auch selbst weder direkt noch indirekt in Österreich zu vertreiben. Gebro verpflichtete sich ihrerseits, diese Produkte ausschliesslich in dem ihr vertraglich zustehenden Gebiet Österreich herzustellen und zu vertreiben und weder direkt noch indirekt in andere Länder zu exportieren. Ab 1. September 2006 wurde der Vertrag vom 1. Februar 1982 durch eine Herstellungs- und Vertriebsvereinbarung mit folgender Bestimmung abgelöst: *„The distributor [Gebro] shall not make any active endeavours to solicit orders for the products [Gaba-Produkte] outside the territory [Österreich] and shall not establish any centre for the distribution of the products outside the territory. [The] distributor shall inform [the] principal [Gaba] of any request of supply of products coming from outside the territory. The principal or its affiliates shall not make any active endeavours to sell products in the territory.“*<sup>7</sup>

Der Grossverteiler Migros reichte im November 2005 beim WEKO-Sekretariat eine Anzeige gegen Gaba wegen angeblicher Wettbewerbsbeschränkung ein, da ihre angeblichen Versuche, zwischen 2003 und 2005 ELMEX rot direkt zu kaufen bzw. parallel aus Österreich zu importieren, scheiterten. Migros beantragte die Einleitung einer Untersuchung.<sup>8</sup>

Am 30. November 2009 verfügte die WEKO schliesslich:<sup>9</sup> *„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 enthält.“*<sup>10</sup> Gleichzeitig verhängte sie gegen Gaba und Gebro für diese Kartellrechtsverletzung ein Bußgeld von CHF 4.8 Mio. bzw. CHF 10'000. Dagegen erhoben Gaba und Gebro erfolglos Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht<sup>11</sup> und ebenso erfolglos an das Bundesgericht.

### III. Zusammenfassung von Gaba

Kurz hält nun das BGer in seinem Urteil folgendes fest:

- Art. 2 Abs. 2 KG stellt klar, *„dass auch Auslandsachverhalte, welche sich in der Schweiz auswirken bzw. auswirken können unter das KG fallen.“*<sup>12</sup>
- *„Qualitative Kriterien, die sich aus dem Gesetzestext ableiten lassen, [sind] zu bevorzugen ... Gewisse Abreden [sind] grundsätzlich bereits aufgrund ihres Gegenstandes erheblich.“*<sup>13</sup>
- *„Die in Art. 5 Abs. 3 und 4 [KG] aufgeführten besonders schädlichen Abreden [erreichen] in der Regel die Erheblichkeitsschwelle.“*<sup>14</sup>

7 Gaba, Sachverhalt A.

8 Gaba, Sachverhalt B. Interessanterweise konnte die Migros keinen ihrer untauglichen Bestellversuche belegen. Deshalb wollte die WEKO das Verfahren in der Folge gar einstellen.

9 Gaba WEKO-Verfügung vom 30. November 2009, RPW 2010, 65 ff.

10 Gaba, Sachverhalt C.

11 BVGer Urteile vom 19. Dezember 2013, Gaba, Sachverhalt E.

12 Gaba, Erwägung E 3.2.3.

13 Gaba E 5.2.5. Klammer hinzugefügt.

14 Gaba e 5.2.5. Klammer hinzugefügt.

- „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.“<sup>15</sup> „Es genügt somit, dass Abreden den Wettbewerb potentiell beeinträchtigen können.“<sup>16</sup>
- Zwischen den Parteien Gaba und Gebro lag eine vertikale Vertriebs-Wettbewerbsabrede mit einem absoluten Gebietsschutz i.S. von Art. 5 Abs. 4 KG vor. Der Wettbewerb sei damit erheblich beeinträchtigt.<sup>17</sup>
- Im Rahmen der Rechtfertigung könne sich Gaba weder auf die wirtschaftliche Effizienz allgemein noch auf die Technologietransfer-Gruppenfreistellungsverordnung<sup>18</sup> im Besonderen berufen,<sup>19</sup> denn die Vorinstanz habe festgestellt, es lägen weder Effizienzgründe vor noch sei eine Abrede, die der Technologietransfervereinbarung unterstünde, gegeben.<sup>20</sup>
- Völkerrecht sei nicht verletzt worden und die Sanktion gemäß Art. 49a KG für einen mittelschweren Verstoß bemessen, das Compliance Programm sei nicht strafmildernd zu berücksichtigen und das 482-fach höhere Bußgeld der Gaba gegenüber der Gebro verletze auch nicht den Gleichbehandlungsgrundsatz.<sup>21</sup>

#### IV. Umstände des Verfahrens

Zum Verfahrensgang sind zwei Hinweise hilfreich: Der in die Kritik geratene Lizenzvertrag (sic!) war bis zum Inkrafttreten des verschärften Kartellrechts am 1. Juli 1996 kartellrechtlich unbedenklich. Er wurde von der Rechtsentwicklung überholt. Interessant ist, dass Denner 2005 (gehört heute zur Mirgos Gruppe) ihre Mittelsleute, die angeblich die Gebro zum Vertragsbruch und zur Lieferung in die Schweiz verleiten sollten, im Verfahren vor der WEKO nicht preisgeben wollte. Entsprechend hatte die WEKO zunächst die Verfahrenseinstellung geplant. Nach Ausweitung der Untersuchung auf die Gebro und deren Anhörung erging dann im Herbst 2009 die nun bundesgerichtlich bestätigte Verfügung. Spar importierte in dieser Zeit ELMEX parallel in die Schweiz und die ELMEX-Produkte sind in der Schweiz in den letzten zehn Jahren rund 25% günstiger geworden.<sup>22</sup>

Verschiedene Zuhörer der Urteilsberatung durch das BGer am 28. Juni 2016 berichteten, dass nicht alles damals Erwogene auch so in die schriftliche Urteilsbegründung eingeflossen ist. Dies betrifft insbesondere die Argumentation zum Bagatellfall (dazu Abschnitt VI).

<sup>15</sup> Gaba E 5.4.2.

<sup>16</sup> Gaba E 5.4.2. Die unzulässige Wettbewerbsabrede ist in Art. 5 Abs. 1 KG folgendermassen umschrieben: „Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen.“

<sup>17</sup> Gaba E 6.5.

<sup>18</sup> Gemäß Gaba 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 (...) anwendbar und das Verhalten der Gaba wäre zulässig. Gaba E 6.4.4. Dem entgegnet das BGer: „EU-Kartellrecht gilt in der Schweiz nicht.“ Gaba E 6.4.2 unter Verweis dort auf E. 6.2.3.

<sup>19</sup> Gaba E 6.4.4. Aktuell gilt die Verordnung (EU) Nr. 316/2014 der Kommission vom 21. März 2014 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 VAEU auf Gruppen von Technologietransfer-Vereinbarungen, ABl. L 93 vom 28.3. 2014.

<sup>20</sup> Gaba E 7.1. und 7.2.

<sup>21</sup> Gaba E 9.7 und 9.8.

<sup>22</sup> Nota bene, in der Schweiz ist Konsumentenschutz im Unterschied zur EU kein Kartellrechtsthema (Art. 96 Bundesverfassung, BV). Dafür ist in der Schweiz der Preisüberwacher zuständig (Art. 97 BV). Der konzeptionelle Unterschied ist wichtig und zu beachten.

#### V. Auswirkungsprinzip gemäß Art. 2 KG

Woraus ergibt sich überhaupt der Bezug zur Schweiz?

Der Fall unterliegt dem KG weil zwei Unternehmen eine Wettbewerbsabrede getroffen haben. Gaba allerdings „bestreitet, dass der Sachverhalt im räumlichen Geltungsbereich des KG liegt“<sup>23</sup> und rückt so diesen ins Zentrum der Diskussion.

Art. 2 Abs. 2 KG lautet: „Das Gesetz ist auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland veranlasst werden.“ Das so positivierte Auswirkungsprinzip in der Schweiz ist ähnlich Teil des EU Wettbewerbsrechts für den Binnenmarkt.<sup>24</sup>

Das BGer fasst zusammen: „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 Auslandsachverhalte, 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<sup>25</sup> für die Regelung von Auslandsverhalten dar. Mit Art. 2 Abs. 2 KG verletzt die Schweiz das völkerrechtliche Verbot exzessiver Rechtssetzung nicht.“<sup>26</sup> Das BGer übernimmt dabei den Ansatz des Bundesverwaltungsgerichts im BMW-Fall und das bereits von der Schweizer Regierung in ihrer Botschaft an das Parlament 1994 dazu geschriebene.<sup>27</sup>

Aus dem Auslandsachverhalt muss sich eine gewisse Wirkung für das Inland ergeben. Art. 2 Abs. 2 KG stelle lediglich klar, dass der Anwendungsbereich des KG weit sei.<sup>28</sup> Die Frage ob das Auswirkungsprinzip eine gewisse Nachhaltigkeit oder Intensität der Auswirkung erfordere,<sup>29</sup> beantwortet das BGer unter Verweis auf das Rechtsgleichheitsgebot und der Willkürvermeidung wie folgt: „Eine Berücksichtigung einer Spürbarkeit ist im Rahmen von Art. 2 Abs. 2 KG nicht möglich.“<sup>30</sup> „Insofern will Art. 2 Abs. 2 KG lediglich klarstellen, dass auch Auslandsachverhalte, welche sich in der Schweiz auswirken bzw. auswirken können, unter das KG fallen.“<sup>31</sup> Handlungsbedarf für die Schweiz ergebe sich aus den Sanktionen und nicht aus dem abstrakt formulierten Auswirkungsprinzip.<sup>32</sup>

Konkret sei möglicher Wettbewerb für ELMEX-Produkte auf dem Schweizer Markt unterbunden und durch das Verhalten seien mögliche Auswirkungen auf dem Schweizer Markt gegeben.<sup>33</sup> Im Fusionskontrollverfahren Rhône-Poulenc SA et Merck & Co. Inc. hat das BGer 2001 über-

<sup>23</sup> Gaba E 3.1.

<sup>24</sup> Art. 101 Abs. 1 AEUV und statt aller SCHUHMACHER IN GRABITZ ET AL., Das Recht der Europäischen Union, N 31 ff. zu Art. 101 AEUV, EL 47 und Suiker Unie u.a./Kommission, Slg. 1975, 1663, N 596-601 zur Beeinträchtigung zwischen Mitgliedstaaten, ECLI:EU:C:1975:174.

<sup>25</sup> Das ist noch kein Helvetismus. Deutsch würde man sagen: Das Auswirkungsprinzip erlaubt Auslandsachverhalte nach KG zu beurteilen.

<sup>26</sup> Gaba E 3.7.

<sup>27</sup> BMW (op. cit. Fn 3 WEKO B-3332/2012) E 2 und Botschaft des Bundesrates KG, BBl 1995 I 468, 535.

<sup>28</sup> Botschaft (op. cit. Fn 27) 528 und Gaba E 3.2.3.

<sup>29</sup> Gaba E 3.2.2.

<sup>30</sup> Gaba E 3.3.

<sup>31</sup> Gaba E 3.2.3, wobei der Konjunktiv nicht im Gesetz steht.

<sup>32</sup> Gaba E 3.2.3.

<sup>33</sup> Gaba E 3.4.

setzt noch von „auf Antrieb erkennbaren Auswirkungen für den Schweizer Markt gesprochen.“<sup>34</sup>

Fallen nun Abreden unter Parteien in Drittländern ohne jeden expliziten Bezug zur Schweiz neu unter das Schweizer Kartellrecht,<sup>35</sup> wenn ein solcher Bezug weder beabsichtigt noch vorhersehbar war?<sup>36</sup> Genügt es zur Beruhigung,<sup>37</sup> sich auf faktische Hindernisse wie inkompatible Normen, grosse Distanz, fehlende Nachfrage, Schwellenländer unter sich oder Kulturunterschiede zu berufen?

## VI. Per se Erheblichkeit

Der nächste Streitpunkt war die vom KG geforderte „Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung“ (Art. 5 Abs. 1 KG).<sup>38</sup> Das BGER führt hierzu folgendes aus:

*„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.“*<sup>39</sup>

Systematisch seien unzulässige Abreden nach Ansicht des BGER an Art. 5 KG und unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen an Art. 7 KG zu messen. „Während für diese ausdrücklich eine marktbeherrschende Stellung verlangt wird, fehlt ein solcher Hinweis für jene ... Die Qualifikation eines Unternehmens als marktbeherrschend erfüllt für Art. 7 KG dieselbe Funktion als Aufgreifkriterium wie dies die Erheblichkeit für Art. 5 KG leistet.“<sup>40</sup> In Übereinstimmung mit zahlreichen zitierten Autoren unterscheidet das BGER „klar zwischen erheblicher Beeinträchtigung und Rechtfertigung durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz“ gemäß Art. 5 Abs. 1 und Abs. 2 KG.<sup>41</sup>

Es sei anerkannt, dass die Erheblichkeitsschwelle mit quantitativen und qualitativen Kriterien bestimmt werden könne. „Gibt es demgegenüber keine qualitativen Elemente oder nur solche mit geringem Gewicht, so ist die Erheblichkeitsschwelle (vor allem) durch quantitative Elemente zu bestimmen.“<sup>42</sup> „Quantitative und qualitative Erheblichkeit verhalten sich demnach wie zwei kommunizierende Röhren.“<sup>43</sup>

Das BGER betont weiter, dass alle Kernbeschränkungen<sup>44</sup> gemäß Art. 5 Abs. 3 und 4 KG als besonders schädlich erachtet seien und vermutungsweise den wirksamen Wettbewerb beseitigten. „Unternehmen wissen aufgrund des Gegenstands ihrer Abrede, ob sie unter den Tatbestand von Art. 5 Abs. 1 KG fallen.“<sup>45</sup> Diese Aussage gilt ohne Bezug auf einen Markt.<sup>46</sup>

*„Die Beschränkung des Intra-brand-, d.h. des markenin-ternen Wettbewerbs durch vertikale Abreden wie jede andere Wettbewerbsbeschränkung [kann] problematisch sein.“*<sup>47</sup> Damit sind auch diesbezügliche ökonomische Argumente nicht mehr relevant.

Das BGER betont, mit der Erheblichkeit gemäß Art. 5 Abs. 1 KG solle die Verwaltung entlastet werden<sup>48</sup> und entlastet die Verwaltung dann seinerseits, indem es „gewisse Abreden grundsätzlich bereits aufgrund ihres Gegenstands [als] erheblich“ einschätzt.<sup>49</sup> Damit drängt das BGER faktisch die quantitative Beurteilung der Wettbewerbsbeeinträchtigung in den Hintergrund.<sup>50</sup>

Das KG bezweckt gemäß Art. 1 Abs. 1 KG volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen zu verhindern und den Wettbewerb zu fördern: „Bei der Beurteilung von Wettbewerbsabreden nach Art. 5 KG sei die Wirkung auf den Wettbewerb und nicht die volkswirtschaftliche Bedeutung einer Beeinträchtigung im Fokus; eine auf volkswirtschaftliche Wirkung abstellende Erheblichkeitsprüfung ist demnach nicht zulässig.“<sup>51</sup> Erst bei der Prüfung der Beeinträchtigung gilt: „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).“<sup>52</sup> „Ein geringes Mass [ist] ausreichend ..., um als erheblich qualifiziert zu werden.“<sup>53</sup>

Gemäß BGER folge aus einem früheren Entscheid<sup>54</sup> „indes keineswegs, dass es sowohl einer quantitativen als auch einer qualitativen Erheblichkeit bedarf.“<sup>55</sup> Dem widersprach das BGER allerdings noch im Buchpreisbindungsfall im August 2002.<sup>56</sup> „Ist deshalb das qualitative Element sehr gewichtig, so bedarf es kaum eines quantitativen Elements.“<sup>57</sup> Die Frage, ob damit Kriterien zur Bestimmung der Erheblichkeit nötig bleiben, verneint das BGER: „Gewisse Abreden [sind] grundsätzlich bereits aufgrund ihres Gegenstandes erheblich. Unbestritten waren in jedem Fall die in Art. 5 Abs. 4 KG aufgelisteten Abreden.“<sup>58</sup>

34 BGE 127 III 219 E 3, 223: Rhône-Poulenc SA und Merck & Co. Inc.: „Avec l'art. 2 al. 2 LCart, le principe des effets („Auswirkungsprinzip“), largement reconnu sur le plan international, est donc maintenant inscrit dans la loi. Il ne s'agit cependant que des effets sur le marché suisse prévisibles d'emblée, afin de réserver à l'autorité compétente la possibilité de procéder ensuite à un examen plus approfondi.“ unter Verweis auf BORER oder IMMENGA.

35 Aus dem angelsächsischen Rechtskreis hört man bereits diesbezügliche Compliance-Anfragen um nicht zu sagen -forderungen.

36 Als Beispiel wird in der Schweiz der US Harley-Davidson Vertriebsvertrag zitiert, der US Händlern Passivverkaufsverbote auferlegt. Die WEKO hat dazu im Jahr 2012 eine Vorabklärungen eröffnet und 2013 eingestellt (RPW 2013 285): „Innerhalb von Europa sind Parallelimporte von Harley-Davidson Motorrädern ohne Einschränkungen zulässig.“ Das Exportverbot von Harley-Davidson Motorrädern sowie Original-Zubehör und Ersatzteile sowie Accessoires und Motorradbekleidung für die offiziellen Harley-Davidson-Händler mit Sitz in den USA durch die Harley-Davidson Inc. stellt hingegen eine Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG dar.“ „Ferner ergeben sich aus dem Exportverbot in den U.S. Lieferverträgen aufgrund der aktuellen Marktsituation keine genügenden Anhaltspunkte für eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung gemäß Art. 5 Abs. 1 KG.“ (RPW 2013 314).

37 Heute fehlen zur Beurteilung greifbare Kriterien.

38 Für die bisherige Diskussion sei auf Gaba E 5 und die dort zitierten Fundstellen verwiesen.

39 Gaba E 5.1.6.

40 Gaba E 5.1.3.

41 Gaba E 5.1.3.

42 Gaba E 5.2.2.

43 Gaba E 5.2.2.

44 Vgl. Fn 16 und vorne Abschnitt III zum Inhalt von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG.

45 Gaba E 5.2.4.

46 Gaba E 5.5.

47 Gaba E 6.2.2.

48 Gaba E 5.1.4 und 5.2.1.

49 Gaba E 5.2.5, Klammer hinzugefügt.

50 Die WEKO beurteilte die Erheblichkeit innerhalb von rund sechs Monaten im Rahmen von Unternehmenszusammenschlüssen gemäß Art. 33 Abs. 3 KG oder 2002 bei der Beurteilung der Buchpreisbindung. In casu erschien diese Beurteilung zwischen 2005 und 2009 wohl zu komplex.

51 Gaba, E 5.1.4.

52 Gaba E 5.4.2.

53 Gaba E 5.1.6.

54 BGE 129 II 18 E. 5.2.1 S. 24.

55 Gaba E 5.2.2.

56 BGE 129 II 18: „Das Gesetz geht davon aus, dass bei (horizontalen) Preisabsprachen vermutungsweise der Wettbewerb beseitigt ist (Art. 5 Abs. 3 lit. a KG). Umso eher ist anzunehmen, dass eine Aufhebung des Preiswettbewerbs in aller Regel (mindestens) eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung darstellt, sofern sie Güter mit einem wesentlichen Marktanteil betrifft.“

57 Gaba E 5.2.2.

58 Gaba E 5.2.5.

Die Frage, ob ein Bagatellfall<sup>59</sup> gemäß Art. 5 KG gegeben sei, dürfte sich nun wohl im Rahmen der Vorabklärung gemäß Art. 26 KG klären.<sup>60</sup> Das Sekretariat der WEKO wird in dieser Phase genauer hinschauen und hoffentlich ein gesundes Augenmaß zur Erheblichkeit entwickeln, denn trotz allen Erwägungen zur Erheblichkeit hat bisher niemand die Bagatelle selbst definiert.

Ist eine Untersuchung gemäß Art. 27 KG erst einmal eröffnet, kann sich die betroffene Partei wahrscheinlich eigene Erwägungen zur Erheblichkeit sparen.

Meist gelingt der Nachweis, dass konkret ein Graumarkt besteht, so dass damit die Vermutung der gänzlichen Wettbewerbsbeseitigung widerlegt werden kann.<sup>61</sup> Auch dieser Nachweis wirkt sich nicht auf die Erheblichkeit aus.<sup>62</sup>

### VII. Potentielle Beeinträchtigung genügt bereits

In Gaba hat das BGer ausgeführt<sup>63</sup>, „dass Ziff. 3.2 des Vertrags vom 1. Februar 1982 eine Abrede darstellt und der Beschwerdeführerin Passivverkäufe in ein ihr nicht zugewiesenes Gebiet untersagt“.<sup>64</sup> Damit liegt gemäß BGer eine Abrede nach Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG vor.<sup>65</sup> Das übernimmt das BGer in Gebro und fügt dann hinzu: „Ob dies der Vertragswirklichkeit entspricht, ist im Rahmen der Prüfung der Tatbestandselemente von Art. 5 Abs. 4 KG entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin nicht relevant.“<sup>66</sup> „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.“<sup>67</sup> Somit genügt bereits die Vereinbarung solcher Abreden gemäß Art. 5 Abs. 3 und 4 für die Erheblichkeit gemäß Art. 5 Abs. 1 KG, denn bereits „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.“<sup>68</sup>

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. Das BGer präzisiert das Gesetz: „Insofern wird damit auch für Art. 5 Abs. 1 KG klar gestellt, dass auch der potentielle Wettbewerb geschützt werden soll.“<sup>69</sup>

### VIII. Subsumtion unter Art. 5 Abs. 4 KG

Nun ordnet das BGer das Verhalten der Verbotsnorm zu. Eine derartige Abrede ist nach bewährter Methode auszu legen. Dabei ist auf den übereinstimmenden wirklichen Willen abzustellen.<sup>70</sup> Die WEKO erklärte dazu mit Hin-

weisen<sup>71</sup>: „Aus folgenden Gründen wird der vorliegende Lizenzvertrag vom Anwendungsbereich des Art. 5 Abs. 4 KG erfasst:

- Lizenzverträge sind als Verträge im Sinne von Art. 1 des Obligationenrechts (...) verbindliche und erzwingbare Vereinbarungen nach der Legaldefinition von Art. 4 Abs. 1 KG. Ob diese Abreden im Einzelfall Wettbewerbsbeschränkungen bewirken oder bezwecken, ist anhand der Kriterien von Art. 5 KG zu beurteilen. Lizenzsysteme sind Distributionsformen, welche eine spezifische vertriebliche Zusammenarbeit, die deutlich über eine warenbezogene Transaktion hinausgeht, beinhalten. Der Lizenzvertrag stellt mithin eine besondere Vertriebsform dar, dessen kartellrechtliche Beurteilung gemäß Art. 5 KG erfolgt. Auch in der Praxis der EU werden Lizenzverträge durch kartellrechtliche Bestimmungen eingegrenzt, weil mit ihnen Wettbewerbsbeschränkungen verbunden sein können.
- In Anlehnung an den allgemeinen Grundsatz des Vertragsrechts *falsa demonstratio non nocet*, wonach bei der Auslegung eines Vertrages der übereinstimmende wirkliche Wille der Parteien und nicht die unrichtige Bezeichnung oder Ausdrucksweise zu beachten ist, schliesst alleine die Bezeichnung als Lizenzvertrag nicht per se aus, dass ein solcher Vertrag vom Begriff Vertriebsvertrag gemäß Art. 5 Abs. 4 KG erfasst wird. Dass mit dem Lizenzvertrag neben der Herstellung auch der Vertrieb geregelt werden sollte, ist bereits Ziff. 1.2. des Lizenzvertrages zu entnehmen. Angesichts des übereinstimmenden Willens von Gaba und Gebro, sowohl die Herstellung wie auch den Vertrieb vertraglich zu regeln, sowie des Umstandes, dass eigenen Angaben zufolge Gebro die Stellung als exklusive Vertriebsgesellschaft von Gaba in Österreich zukommen sollte, ist davon auszugehen, dass dem vertrieblichen Aspekt des alten Lizenzvertrages eine tragende Bedeutung zugeordnet war. Dies bringt schliesslich auch der Abschluss des (umfangreichen) Distribution Agreements deutlich zum Ausdruck.“<sup>72</sup>

Das BGer bestätigt<sup>73</sup>: „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.“<sup>74</sup> „Damit liegt eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung vor.“<sup>75</sup>

Jede unter Art. 5 Abs. 3 oder Abs. 4 KG subsumierbare Abrede genügt. Die Umsetzung der Abrede ist nicht relevant. All diese Verträge, wenn auch nur in einer Schublade verwahrt, bergen ein beachtliches Sanktionsrisiko.<sup>76</sup> Schutz ergibt sich erst aus der ausdrücklichen oder stillschweigenden beweisbaren Aufhebung derartiger Abreden. Dabei ist die Schriftform aus Beweisgründen zu bevorzugen.

<sup>59</sup> Erwägungen aus der mündlichen Urteilsberatung zur Bagatelle fehlen im schriftlichen Urteil.

<sup>60</sup> Die WEKO plane, die Erkenntnisse aus Gaba in ihrer Vertikalbekenntmachung nachzutragen, ohne den Bagatellfall extra zu thematisieren (ZAV Veranstaltung zum Thema vom 17. Mai 2017).

<sup>61</sup> Gebro E 2.2 und 2.4.

<sup>62</sup> Gebro E 2.3.

<sup>63</sup> Gaba E 6.5.

<sup>64</sup> So Gebro E 2.2.

<sup>65</sup> Gebro E 2.2.

<sup>66</sup> Gebro E 2.2.

<sup>67</sup> Gaba E 5.6.

<sup>68</sup> Gaba E 5.4.2. Hier wird nun volkswirtschaftliche Schädlichkeit betont, die kein Thema der Erheblichkeit sei. Vgl. dazu auch vorne Abschnitt VI.

<sup>69</sup> Gaba E 5.4.2.

<sup>70</sup> Art. 18 Schweizerische Obligationenrecht, OR.

<sup>71</sup> Gaba WEKO-Verfügung vom 30. November 2009, RPW 2010, 65 ff., 73 f.

<sup>72</sup> Gaba WEKO-Verfügung, RPW 2010, 73 f. Rz 102.

<sup>73</sup> Zu den Subsumtionsmerkmalen sei auf Gaba E 6 und die Details dort verwiesen: Die Bestimmung sei autonom auszulegen, E 6.2.1; Intra-brand-Wettbewerb sei grundsätzlich schützenswert, E 6.2.2; Art. 5 Abs. 4 KG sei eine gleiche und gleich scharfe und auch nicht schärfere Regelung als diejenige der EU, E 6.2.3; „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.“ E 6.3; „Absoluter Gebietsschutz liegt dann vor, wenn passive Verkäufe seitens gebietsfremder Vertriebspartner in zugewiesene Gebiete direkt oder indirekt untersagt sind.“ E 6.3.5.

<sup>74</sup> Gaba E 6.4.2.

<sup>75</sup> Gaba E 6.5 unter Verweis auf Gaba E 5.2.5., 5.4 und 5.6.

<sup>76</sup> Dazu Abschnitt XII.

## IX. KG und Wettbewerbsrecht der EU, Technologietransfer?

Rechtsvergleichend erachtet das BGer das Verhältnis zwischen der Schweiz und der EU als komplex.

Im Ständerat, der Schweizer Länderkammer, wurde dazu gesagt, die Parallelität der Regelungen in der Schweiz und der EU erlaubten, im Sinne der Rechtssicherheit auch darauf zurückzugreifen, was die EU mit ihrer Verordnung an vertikalen Abreden ausgeschlossen bzw. zugelassen habe.<sup>77</sup> Entsprechend hat auch die WEKO immer wieder durchblicken lassen, dass dasjenige, was in der EU kartellrechtlich gilt, auch in der Schweiz Anwendung findet. „Die Beschwerdeführerin macht dazu geltend, dass dies nicht überzeuge, da das Schweizerische Recht auf dem Missbrauchs-, das EU-Recht dagegen auf dem Verbotsprinzip aufbaue.“<sup>78</sup> Diese Rechtsauffassung teilt das Bundesgerichts zum Wettbewerbsrecht der EU und dessen Wirkung für die Schweiz wohl nur zum Teil. „Das schweizerische und das europäische Recht [haben sich] in den letzten Jahren angenähert.“<sup>79</sup> Aus „der parlamentarischen Debatte [habe sich] unzweifelhaft [ergeben], 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.“<sup>80</sup>

Die Beschwerdeführerin argumentierte weiter, „für den Technologietransfer sei die Verordnung (EG) Nr. 772/2004 der Kommission vom 27. April 2004 ... anwendbar. Diese würde einen weitaus grosszügigeren Standpunkt gegenüber Verkaufsbeschränkungen des Lizenznehmers einnehmen,“ sodass das Verhalten der Beschwerdeführerin zulässig sei.<sup>81</sup> Hierauf antwortet das BGer „EU Kartellrecht gilt in der Schweiz nicht.“<sup>82</sup>

Mangels Technologietransfer und Schwerpunkt im Vertrieb war die Technologietransfer-Gruppenfreistellungsverordnung<sup>83</sup> in casu nicht anwendbar.<sup>84</sup> „In Bezug auf vertikale Abreden verkennt die Beschwerdeführerin sodann, dass der Wertungsgehalt der Vertikalabreden im KG mit demjenigen im europäischen Recht praktisch deckungsgleich ist, auch wenn der Regelungsmechanismus nicht derselbe ist.“<sup>85</sup> Das EU Sanktionssystem sei nicht beizuziehen.<sup>86</sup> „Die Abschottung des schweizerischen Marktes ... würde nach EU-Recht einem schweren Verstoss entsprechen, was in casu indes milder beurteilt wurde.“<sup>87</sup>

Der Praktiker in der Schweiz orientiert sich bei der internationalen Vertriebsvertragsgestaltung weiterhin an der Verti-

kal-GFVO<sup>88</sup> und den Leitlinien für vertikale Beschränkungen.<sup>89</sup> Offen ist, ob das für typische Lizenz- oder Technologietransfervereinbarungen und auch für weitergehende zulässige Restriktionen ebenso gilt.<sup>90</sup> Eine gemäß Technologietransfer-Gruppenfreistellungsverordnung freistellbare Lizenzvertragsbestimmung mit Bezug zur Schweiz müsste im Rahmen der Effizienzprüfung an Art. 5 Abs. 2 und Art. 6 KG<sup>91</sup> gemessen werden, um eine Gleichstellung der Schweizer Konkurrenz gegenüber der EU zuzulassen.<sup>92</sup>

## X. Keine Rechtfertigung durch Effizienz

Zur wirtschaftlichen Effizienz sagt das BGer knapp: „Die Vorinstanz hat verschiedene Rechtfertigungsgründe geprüft und ist dabei zum Schluss gekommen, dass keine vorliegen würden.“<sup>93</sup>

## XI. Einbezug des Auslands Sachverhaltes ist völkerrechtskonform

Weder die Beurteilung noch die Sanktion der verbotenen Abrede verletzen Völkerrecht.

„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]?“<sup>94</sup>

## XII. Grundlage und Berechnung der Sanktion

Ist die Gesetzesgrundlage für das Bussgeld im KG überhaupt genügend bestimmt? Dazu meint das BGer, die Sanktionsbestimmung Art. 49a KG sei strafrechtsähnlich, Art. 7 EMRK sei daher anwendbar.<sup>95</sup> Nur eine hinreichend klare und bestimmte Formulierung dürfe einen Straftatbestand bilden.<sup>96</sup>

In Übereinstimmung mit der vorherrschenden Literaturmeinung schreibt das BGer: „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.“ Damit ist das Lex stricta-Erfordernis für das Merkmal einer Vertriebsabrede genügend bestimmt.<sup>97</sup>

Unter Verweis auf die Regierungs-Botschaft zum KG 2004 erwägt das BGer zum Sinn und Zweck des Gesetzes:

77 SR Kommissionssprecher SCHIESSER, AB S 2003 330.

78 Gaba E 5.3.4.

79 Gabba E 5.3.4, Klammer hinzugefügt.

80 Gaba E 6.2.3.

81 Gaba E 6.4.4.

82 Gaba E 6.2.3 und 6.4.4.

83 Aktuell die Verordnung (EU) Nr. 316/2014 der Kommission vom 21. März 2014 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 VAEU auf Gruppen von Technologietransfer-Vereinbarungen, ABl. L 93 vom 28.3. 2014.

84 Vgl. vorne Abschnitt III. Das BGer hat dazu betont dass „Technologietransfer- und Lizenzverträge, die einen absoluten Gebietsschutz vorsehen, von Art. 5 Abs. 4 KG erfasst sind (...). Der Begriff des Vertriebsvertrags [ist] umfassend zu verstehen.“ Gaba E 6.4.1. Das BGer verweist auf die parlamentarische Debatte dazu. Notea bene, diese parlamentarische Diskussion damals wurde autonom von der Technologietransfer-Gruppenfreistellungsverordnung geführt. Zweckbezogen auf den Technologietransfer machen weitergehende Vertriebsbeschränkungen beim Lizenznehmer durchaus Sinn. Das mag sicher auch die Gerichte in einem gegenüber Gaba etwas anders gelagerten Fall mit Lizenzschwergewicht zu überzeugen.

85 Gaba E 5.3.4.

86 Gaba E 9.7.4.

87 Gaba E 9.7.4.

88 Verordnung (EU) Nr. 330/2010 der Kommission vom 20. April 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 VAEU auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen, ABl. L 102 vom 23.4.2010, 1 ff.

89 ABl. C 130 vom 19.5.2010, 1 ff.

90 Die parlamentarische Diskussion dazu erscheint unklar: Abschnitt IX zu Fn 77 und Fn 84.

91 Art. 6 KG regelt den Erlass von Verordnungen oder allgemeinen Bekanntmachungen im KG für gerechtfertigte Arten von Abreden.

92 Die Schweizer Regierung betont bei der nationalen Gesetzgebung mit Blick auf die EU immer, die Schweizer müssten gleichlange Spiesse haben.

93 Gaba E 7.2.

94 Gaba E 8.

95 Gaba E 9.1.

96 Gaba E 9.3.

97 Gaba E 9.5.

„Mit ‚Abreden nach Artikel 5 Absätze 3 und 4‘ [sind] diejenigen Abreden gemeint, die in den beiden Absätzen aufgeführt sind. Art. 49a Abs. 1 KG nimmt somit Bezug zum 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 wirklichen 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]‘.<sup>98</sup>

Subjektiv sei der Beschwerdeführerin ein objektiver Sorgfaltsmangel im Sinne eines Organisationsverschuldens vorwerfbar. „Die Beschwerdeführerin [hat] keineswegs mit der geforderten Schnelligkeit ihren Vertrag vom 1. Februar 1982 angepasst ..., 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.“<sup>99</sup>

Zu „berücksichtigen [ist], ob mit der Abrede wirksamer Wettbewerb beseitigt oder erheblich beeinträchtigt wurde“, sowie der mutmassliche Gewinn.<sup>100</sup>

Bei der Berechnungsweise ist gemäß Sanktionsverordnung 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).“<sup>101</sup>

Das BGer bestätigt die Vorinstanz, welche „von einem mittelschweren Verstoss und entsprechend Art. 3 SVKG von einem Basisbetrag von 5 % aus[geht]. 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.“<sup>102</sup> Sanktionsmildernd war der Parellelimport von ELMEX durch Spar zu berücksichtigen.

Gebro und Gaba seien trotz 482-fachem Bußgeldunterschied gleich behandelt worden. Die WEKO habe die Sanktionen für jedes der Unternehmen unter Berücksichtigung aller Tatsachen separat korrekt berechnet und deren unterschiedliche Höhe begründet.<sup>103</sup> „Das Rechtsgleichheitsgebot ist ein Grundrecht.“ „Die Beschwerdeführerin wäre in einem ersten Schritt gehalten gewesen, zunächst detailliert aufzuzeigen, dass tatsächlich die gleiche Situation vorgelegen habe; dies ist ihr mit den rudimentären Behauptungen nicht gelungen.“<sup>104</sup> Damit hat die Beschwerdeführerin das Vorliegen der gleichen tatsächlichen Situation nicht substantiiert. Wohl zahlt der ELMEX-Konsument die verdeckte Zahnpastasteuer an den Bund.<sup>105</sup>

„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. [...] 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.“<sup>106</sup>

Weil kein absoluter Gebietsschutz bestand, war der Basisbetrag bei 5% statt bei 7-10% Busse. Der Verstoß war mittelschwer. Damit ist klar, dass einer Abrede trotz Wiederlegung der Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs Sanktionen folgen.

### XIII. Kernbeschränkungen unterliegen Wandel

Bei der Gründung der Montanunion 1951 oder der EWG 1957 waren die Märkte intransparent. Die seitherige Entwicklung des Internets und die damit verbundene Digitalisierung schafft seit gut zehn Jahren die Illusion vom transparenten Preisen und idealen Märkten. Aufgrund des Internets ist heute in Westeuropa für fast alle Güter für jedermann ein Preis ermittelbar und allfällige Grenzen überwindbar. Der Kunde kauft sein Produkt beim vermeintlich günstigsten Anbieter.

Dabei wird verkannt, dass Big-Data den grossen Plattform-Anbietern oder Marktplätzen im Internet bereits heute erlaubt, jedem Nachfrager den auf seine Bedürfnisse zugeschnitten Preis zur eigenen Margenoptimierung zu offerieren. Die Plattform benützt dabei das bisherige Konsumverhaltens und die Kaufkraft des transparenten Konsumenten. Die Auswertung der Daten in großer Zahl erlaubt dem Anbietern, die Bedürfnisse und den optimalen Preis viel genauer als der betroffene Konsument selbst zu kennen. Diese Plattformen schaffen neue Oligopole und Marktmacht.<sup>107</sup> Den Miss-

<sup>98</sup> Gaba E 9.4.6 Klammer hinzugefügt.

<sup>99</sup> Gaba E 9.6.2 Klammer hinzugefügt.

<sup>100</sup> Gaba 9.7.1.

<sup>101</sup> Gaba 9.7.2, SVKG meint KG-Sanktionsverordnung vom 12. März 2004.

<sup>102</sup> GABA E 9.7.3, Klammer hinzugefügt.

<sup>103</sup> Gaba E 9.8.3.

<sup>104</sup> Gaba E 9.8.3.

<sup>105</sup> Das galt bereits für die Swisscom und andere: Wegen angeblich missbräuchlicher Preise für Breitbanddienste (ADSL) bis Ende 2007 büßte die WEKO 2009 die Swisscom mit CHF 219 Mio., RPW 2010/1, 116 ff. Das Bundesverwaltungsgericht reduzierte den Betrag 2015 auf CHF 186 Mio. B-7633/2009. Die Beschwerde ans BGer ist hängig.

<sup>106</sup> Gaba E 9.7.4.

<sup>107</sup> Statt aller sei auf AMAZON verwiesen: Diese Plattform generierte 2016 USD 136 Milliarden Umsatz. 91.4% durch Produktverkauf, 23% durch Drittverkäufe 12.2% durch Web-Services, 6.4% durch Abonnementgebühren und 3% verschiedene (NZZ am Sonntag, 25. Juni 2017

brauch derartiger Marktmacht gilt es im Auge zu behalten. Ob man das aus Konsumentenschutzüberlegungen macht (Art. 101 Abs. 3 AEUV) oder um volkswirtschaftlich und sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsabreden zu bekämpfen,<sup>108</sup> ist eine Frage des anwendbaren Rechts. Die Zeiten, in welchen harte Preis- oder Gebietsabsprachen den Wettbewerb verzerren, sind 2017 auch in der Schweiz endgültig vorbei. Es bleibt interessant zu beobachten, wie die WEKO mit den neuen Plattform-Oligopolen umgeht.

#### XIV. Folgen für die Praxis

Die strukturellen Konsequenzen der Entscheide Gaba und Gebro zeichnen sich in einer gewissen Verödung der Innenstädte in ganz Westeuropa ab.<sup>109</sup> Internetplattformen lassen den Detailhandel verschwinden, weil dieser für seine Leistung keine vertretbare Marge mehr zu generieren vermag. Gleichzeitig schafft das Internet auch neue Chancen<sup>110</sup> und Gefahren.<sup>111</sup>

Gaba klärt die Wirkung der Kernbeschränkungen gemäß Art. 5 Abs. 3 und 4 KG, die (vermutlich) den wirksamen Wettbewerb beseitigen. Das ist zu begrüßen, auch wenn das Konzept der Mißbrauchsgesetzgebung etwas leidet. Das BGer bestätigt, die Beschränkung des Intra-brandwettbewerbs sei kartellrechtlich problematisch.

Das BGer ergänzt den Gesetzeswortlaut in Art. 2 Abs. 2 KG durch mögliche Auswirkung geografisch auf die Schweiz und Art. 5 Abs. 1 KG durch potentielle Beeinträchtigung des Wettbewerbs. Die Ergänzungen im Konjunktiv schwächen die Rechtssicherheit, die Abgrenzung zum erlaubten Verhalten wird anspruchsvoller.

Für die Parteien und die Anwälte ändert sich wenig. Bereits seit der Gesetzesänderung 2004 war der absolute Gebietsschutz für die Schweiz Tabu in der Beratung. Das galt und gilt auch für alle anderen Kernbeschränkungen gemäß Art. 5 Abs. 3 und 4 KG. Hat eine Vereinbarung im Ausland mit solchen Kernbeschränkungen einen wahrscheinlichen Bezug zur Schweiz, dann lauert Gefahr. Plausibilitätsüberlegungen im konkreten Fall sind ratsam. Compliance Programme schützen nicht vor Strafe.

Die Erheblichkeitsanalyse entfällt bei Kernbeschränkungen, die neu ohne Bezug auf den Markt sanktioniert werden. „Ob eine Kernbeschränkung der Vertragswirklichkeit entsprach, ist im Rahmen der Prüfung der Tatbestands-elemente von Art. 5 Abs. 4 KG ... nicht relevant. Erst bei der Widerlegung der Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs ist die Vertragswirklichkeit einzubeziehen.“<sup>112</sup> In diesen seltenen Fällen bleiben die konkrete Vertragswirklichkeit und die Marktangrenzungen ein Thema.<sup>113</sup> Das gilt auch, falls die wirtschaftliche Effizienz ei-

ner Abrede genügend substantiiert werden kann (Art. 5 Abs. 2 KG): Daneben werden sich die Ökonomen der WEKO wohl vermehrt dem Fusionskontrollverfahren zuwenden.

Pragmatismus wird die Berater bei der Beantwortung der Frage leiten, ob der argentinische Weinbauer, der seinen Malbec aus Mendoza dem australischen Distributor exklusiv liefert, sich vor Sanktionen in der Schweiz gemäß Art. 49a KG tatsächlich fürchten muss. Theoretisch ist dieser Weinbauer betroffen. Kommt es zur Vorabklärung, sollte er sofort den Schweizer Anwalt zu Rate ziehen. Denn in diesem Stadium werden und wurden die Weichen für die Eröffnung einer Untersuchung gestellt.

Allen ist zu raten, nun auch Schubladenkartelle aufzulösen oder zu beenden.<sup>114</sup> Denn die WEKO muss nicht mehr prüfen, ob eine vereinbarte kartellrechtliche Kernbeschränkung gemäß Art. 5 Abs. 3 und 4 KG beachtet wird und wie sie sich auswirkt.

Allein deren Existenz ist sanktionierbar. Alle Beschränkungen gemäß Art. 5 Abs. 3 und 4 KG sind neu einer potentiellen Sanktionsfolge gemäß Art. 49a KG ausgesetzt. Die Ausrede, es liege ein dissimulierter Vertrag vor, dessen wettbewerbsbeschränkende Wirkung gar nicht nachgelebt wurde, taugt nicht. Besser wäre es, wenn die schriftliche, den Wettbewerb beschränkende Abrede durch mündliche oder stillschweigende Übereinkunft längstens aufgehoben wurde. Am besten ist ein Aufhebungsvertrag mindestens in Schriftform. Die aktuelle Aufhebungsvereinbarung kann rückwirkend vereinbart werden.

Meist gelingt es, (marginalen) Parallelimport nachzuweisen. Gelingt die Widerlegung der Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs, ist auch die Sanktion gemäß BGer eine mittlere oder geringere. Selten und kostspielig bleiben die Fälle der Rechtfertigung jeder Abrede durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz.

Der Bagatellfall gemäß Art. 5 KG wird, wenn überhaupt, dann zum Thema der Vorabklärung gemäß Art. 26 KG. Das Sekretariat der WEKO wird in dieser Phase Bagatellfälle von erheblichen unzulässigen Wettbewerbsabreden trennen. Dabei werden hoffentlich auch Vorteile wirtschaftlicher Effizienz unter Art. 4 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 2 KG geprüft. Ist eine Untersuchung gemäß Art. 27 KG erst einmal eröffnet, liegt wohl kein unerheblicher Sachverhalt mehr vor. Die Sanktionsverfügungen dürften wohl zu nehmen. Der Anwalt ist vor und besonders während einer Vorabklärung vermehrt gefragt.

Beim Selektivvertrieb hat sich nichts verändert. Solange die sachlichen Kriterien zur Auswahl und Überwachung der Systempartner fair und sachlich angewendet werden, sind die Systeme kartellrechtlich erlaubt.<sup>115</sup> Der Vertrieb kann kartellrechtlich etwa auf der Stufe der Großhändler weiterhin auf zugelassene Händler beschränkt werden etc.<sup>116</sup> ■

20 f.). AMAZON kennt ihre Kunden und wertet Big Data effizient aus. AMAZON Web-Services ist zudem einer der größten Cloud-Service Anbieter der Welt.

<sup>108</sup> Art. 1 KG. Vgl. auch *Heinemann*, ZSR I 2016 453 f.

<sup>109</sup> Die Wettbewerbsbehörden und die luxemburger Richter der EU haben den Schweizer Behörden den Weg gezeigt. Gemäß jüngster GfK-Studie zum Einzelhandel in Europa, sind seit dem Jahr 2010 in der Schweiz rund 5'000 Verkaufsstellen verschwunden. Heute bieten rund 10.000 Schweizer-Online-Shops ihre Waren und Dienste an (GfK-Presse-meldung vom 13. Juni 2017).

<sup>110</sup> *Christian Alexander Meyer*, ZVertriebsR 2017, 137 f.

<sup>111</sup> Vorne Abschnitt XIII.

<sup>112</sup> Gebro E 2.2.

<sup>113</sup> Das BGer erachtet die Beeinträchtigung in allen Fällen gemäß Art. 5 Abs. 3 und 4 KG erheblich. Gaba, E 5.2.5. Mit dieser Auslegung werde aber kein Teilkartellverbot geschaffen. Erst wenn die Rechtfertigung durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz i.S. von Art. 5 Abs. 2 KG scheitert, sei sie unzulässig. Gaba E 5.3.1.

<sup>114</sup> Dies ergibt sich aus dem Parallelverfahren Gebro E 2.2: „Ob dies [die getroffene verbotene Abrede] der Vertragswirklichkeit entsprach, ist im Rahmen der Prüfung der Tatbestands-elemente von Art. 5 Abs. 4 KG entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin nicht relevant ... Erst bei der Widerlegung der Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs ist die Vertragswirklichkeit einzubeziehen.“ Klammer hinzugefügt.

<sup>115</sup> Beim Selektivvertrieb in der Schweiz liegt ein Problem im Zivilprozess. Vertriebs-Lücken waren im Zivilprozess bisher nicht ermittelbar. Die Gerichte verweigerten die Durchsetzung des Vertragsrechts im Spannungsfeld von UWG und Datenschutz. Jüngere Gerichtspraxis fehlt, um diese durchaus attraktive Vertriebsform auch für die Konsumenten in Zukunft zu bewahren.

<sup>116</sup> Ziffer 4 Vertikalbekenntmachung 2010.