Entwicklungen im Wettbewerbs- und Kartellrecht / Le point sur le droit de la concurrence et des cartels

Dr. iur. Reto Jacobs, Rechtsanwalt, LL.M. (Zürich)

I. Einleitung

Diese Berichterstattung schliesst an die der letzten Jahre an1. Sie umfasst das Kalenderjahr 2010 und beschränkt sich auf den Bereich des Kartellrechts. Die Entwicklungen im Bereich des unlauteren Wettbewerbs werden in dieser Zeitschrift jeweils zusammen mit dem Immaterialgüterrecht dargestellt. Für das Preisüberwachungsrecht wird auf den soeben erschienenen Jahresbericht des Preisüberwachers verwiesen2. Der vorliegende Beitrag erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit, sondern versucht lediglich, ein paar wichtige Entwicklungen hervorzuheben. Im Mittelpunkt steht dabei die Praxis der Wettbewerbskommission (WEKO) und der Gerichte.

II. Organisation und Statistik der **WEKO**

Der seit 2003 amtierende Präsident der WEKO - Prof. Dr. Walter Stoffel ist per Ende Juni 2010 sowohl als Präsident als auch als Mitglied der WEKO zurückgetreten. Prof. Dr. Walter Stoffel gehörte der WEKO während zwölf Jahren an und hat die Praxis dieser Behörde - insbesondere während seiner Zeit als Präsident - massgeblich geprägt. In seine Amtszeit fielen nicht nur eine Reihe wichtiger Entscheide, sondern auch die Einführung der direkten Sanktionen anlässlich der letzten Revision des Kartellgesetzes (KG). Der Bundesrat ernannte per 1. Juli 2010 den bisherigen Vizepräsidenten

- Prof. Dr. Vincent Martenet - zum neuen Präsidenten der WEKO. Auf den 1. November 2010 ernannte der Bundesrat zudem Prof. Dr. Martial Pasquier zum Vizepräsidenten (bisher Mitglied) und auf den 1. Januar 2011 Prof. Dr. Andreas Heinemann zum neuen Mitglied der WEKO. Die WEKO umfasst somit weiterhin 12 Mitglieder. Das Sekretariat der WEKO hat, abgesehen von der üblichen Personalfluktuation, keine personellen Veränderungen erfahren und verfügte Ende 2010 über 53,8 Vollzeitstellen, was im Vergleich zum Vorjahr (58.2) einer Reduktion um 4,4 Vollzeitstellen entspricht.

Im Jahre 2010 wurden insgesamt 20 Untersuchungen und 22 Vorabklärungen geführt. Der grösste Teil davon (14 Untersuchungen, 15 Vorabklärungen) wurde aus dem Vorjahr übernommen. Neu eröffnet wurden 6 Untersuchungen³ und 7 Vorabklärungen. Abgeschlossen werden konnten 5 Untersuchungen und 13 Vorabklärungen, womit die Zahl der laufenden Verfahren im Vergleich zum Vorjahr in etwa konstant blieb. Parallel zur wirtschaftlichen Erholung hat die Anzahl meldepflichtiger Zusammenschlüsse auf 34 zugenommen (Vorjahr 26). Auffallend ist, dass die Zahl der bei den Rechtsmittelinstanzen hängigen Fälle deutlich gestiegen ist (von 6 auf 14). Darin wird der Umstand reflektiert, dass es zu vielen von der WEKO getroffenen Entscheidungen noch keine etablierte Praxis gibt, weshalb die betroffenen Unternehmen eine

Beurteilung durch die Rechtsmittelinstanzen verlangen. Dies ist zu begrüssen, sind doch im schweizerischen Kartellrecht zahlreiche Fragen noch nicht richterlich geklärt worden.

III. Wichtige Entscheide der WEKO

A. Zusammenschluss Orange / Sunrise

Mit Verfügung vom 19. April 2010 untersagte die WEKO den Zusammenschluss der beiden Telekommunikationsunternehmen France Télécom SA (Orange) und Sunrise Communications AG (Sunrise)4. Dieser Entscheid der WEKO war nicht erwartet worden, hatte doch die WEKO bisher erst in einem einzigen Fall einen Zusammen-

SZ 106 (2010) 216 ff.; SJZ 105 (2009) 215 ff.; SJZ 104 (2008) 218 ff.

RPW 2010 815 ff.

^{8.2.2010:} Untersuchung gegen Hallenstadion und Ticketcorner; 25.3.2010: Untersuchung gegen Nikon; 21.5.2010: Untersuchung gegen Roger Guenat S.A.; 9.6.2010: Untersuchung gegen den Immobilienhändler-Verband USPI-Neuchâtel; 16.9.2010: Untersuchung zur Behinderung von Online-Shops; 26.10.2010; Untersuchung gegen BMW.

RPW 2010 499 ff.

schluss vollständig untersagt⁵. Hinzu kam, dass das Argument der beiden Unternehmen, wonach erst die Fusion sie in die Position versetzen würde. um mit der führenden Swisscom in Wettbewerb zu treten, einiges für sich hatte. Die WEKO überzeugte dieses Argument aber nicht. Sie vertrat im Wesentlichen die Auffassung, dass nach der Fusion nur noch zwei Mobilfunkanbieter (Orange/Sunrise und Swisscom) im Markt verbleiben würden, wodurch eine kollektiv marktbeherrschende Stellung entstehe, die wirksamen Wettbewerb beseitigen könne. Die Marktzutrittsschranken seien sehr hoch, weshalb kaum mit neu eintretenden Wettbewerbern zu rechnen sei. Es würde den Rahmen dieser Berichterstattung sprengen, diesen Entscheid umfassend besprechen zu wollen. Es sei lediglich darauf hingewiesen, dass es vor dem Hintergrund der strengen Praxis der Rechtsmittelinstanzen fraglich ist, ob sie diesen Entscheid der WEKO geschützt hätten. Denn insbesondere die Entscheide der REKO/WEF und des Bundesgerichts i.S. Berner Zeitung / 20 Minuten haben für die Untersagung eines Zusammenschlusses sehr hohe Anforderungen aufgestellt. Auch wenn daher Orange und Sunrise in einem

Rechtsmittelverfahren wohl gute Chancen gehabt hätten, haben sie auf eine Beschwerde verzichtet bzw. die eingereichte Beschwerde zurückgezogen. Dies zeigt, dass es für Unternehmen schon alleine wegen der für ein Rechtsmittelverfahren benötigten Zeit kaum möglich ist, eine Untersagungsverfügung der WEKO gerichtlich überprüfen zu lassen.

B. Komponenten für Heiz-, Kühlund Sanitäranlagen

Mit Verfügung vom 10. Mai 2010 schloss die WEKO ein Verfahren gegen mehrere Hersteller von Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen ab, das gestützt auf eine Selbstanzeige eröffnet worden war⁶. Das Verfahren war - wie das Parallelverfahren in der EU - durch eine Hausdurchsuchung eingeleitet worden. Gestützt auf die in der Hausdurchsuchung beschafften Informationen einerseits und die Angaben des Selbstanzeigers andererseits kam die WEKO zum Schluss, dass die Unternehmen verschiedentlich Informationen zur Erhöhung ihrer Bruttopreise ausgetauscht hatten. Die WEKO wertete diesen Informationsaustausch Preisabsprache i.S. von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG, womit sie die dort statuierte Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung als gegeben erachtete. Da an der Abrede Unternehmen beteiligt waren, die gemeinsam über einen Marktanteil von ca. 80-90% verfügten, verneinte die WEKO ausreichenden Aussenwettbewerb, mit dem die Vermutung hätte widerlegt werden können. Nach Auffassung der WEKO konnte auch kein ausreichender Innenwettbewerb nachgewiesen werden, da die Erhöhung der Bruttopreise einen Einfluss auf die Nettopreise gehabt habe. Die WEKO verhängte gegen das eine Unternehmen eine Busse

von CHF 169 000 .- Dem Selbstanzeiger wurde die Busse erlassen.

Der Entscheid der WEKO vermag vor allem in einem Punkt nicht zu überzeugen. Die Aussage der WEKO, wonach Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG jede Art von Preiselementen oder Preiskomponenten erfasse⁷, ist zwar zutreffend. Daraus kann aber nicht geschlossen werden, dass mit dem Nachweis der Absprache über eine einzelne Preiskomponente die Widerlegung der Vermutung durch Innenwettbewerb ausgeschlossen sei, wovon die WEKO auszugehen scheint. Das schweizerische Kartellrecht kennt gerade keine per se Verbote gewisser Absprachen. Vielmehr muss die WEKO den tatsächlichen Effekten der Absprache auf den Wettbewerb nachgehen und dazu Beweis führen. Denn das schweizerische Kartellrecht basiert auf einem «effects based approach». Dieser Ansatz ist durch die Verfassung vorgegeben, da Art. 96 Abs. 1 BV dem Bund lediglich erlaubt, Vorschriften gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu erlassen. Massgeblich sind daher allein die konkreten Auswirkungen einer Abrede auf den Wettbewerb und nicht das Vorliegen eines bestimmten Abredetypus. Diese verfassungsrechtliche Vorgabe hat der Gesetzgeber in Art. 5 KG konsequent umgesetzt, erlaubt dieser eine Intervention doch nur, wenn nachgewiesen ist, dass eine Abrede den Wettbewerb entweder erheblich beeinträchtigt und nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden kann oder den Wettbewerb beseitigt.

Dieses Konzept impliziert, dass die WEKO prüfen muss, ob wegen der Absprache einer Preiskomponente tatsächlich kein Preiswettbewerb mehr stattfindet. Zeigt sich, dass die Unter-

Entscheid i.S. Berner Zeitung / 20 Minuten (RPW 2004 529 ff.). Dieser Entscheid wurde durch die Rechtsmittelinstanzen dann aber korrigiert (vgl. RPW 2007 331 ff.). Daneben wurde eine Reihe von Zusammenschlüssen von der WEKO nur unter Auflagen oder Bedingungen zugelassen.

Der Entscheid ist in der RPW noch nicht publiziert, aber auf der Website der WEKO abrufbar (http://www.weko.admin. ch/aktuell/00162/index.html?lang=de).

Rz. 296.

nehmen zwar über eine Preiskomponente (z.B. Bruttopreise) eine Preisabsprache getroffen haben, sich aber in Bezug auf andere Preiskomponenten (z.B. Rabatte) Wettbewerb liefern, so kann dies sehr wohl zur Widerlegung der Vermutung von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG führen. Denn in diesem Fall kann trotz der Preisabsprache Preiswettbewerb herrschen. Oder anders formuliert: Die WEKO muss zum gesamten Preisverhalten Beweis führen und darf nicht aus dem Umstand, dass zu einer Preiskomponente eine Absprache besteht, schliessen, es herrsche kein Preiswettbewerb.

C. Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren

Der Entscheid der WEKO i.S. Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren⁸ weist zahlreiche Parallelitäten zum Entscheid i.S. Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen auf. Auch dieses Verfahren wurde durch eine Selbstanzeige ausgelöst, die WEKO führte ebenfalls Hausdurchsuchungen durch, in der EU ist ein paralleles Verfahren hängig, und Gegenstand des Verfahrens waren wiederum Preisabsprachen (Umfang und Zeitpunkt der Erhöhung von Bruttopreisen) zwischen Konkurrenten. Die WEKO verhängte Bussen von insgesamt CHF 7,6 Mio., wobei dem ersten Selbstanzeiger wiederum keine Busse auferlegt wurde. Erstmals wurde in diesem Verfahren einem anderen Selbstanzeiger die Busse gestützt auf Art. 12 Abs. 3 SVKG um 60% reduziert, weil er noch eine andere Wettbewerbsbeschränkung angezeigt hatte (sogenannte «Bonus Plus Anzeige»).

Auch in diesem Fall kam die WEKO zum Schluss, dass die Vermutung von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG nicht durch den Nachweis von Aussenwettbewerb wi-

derlegt werden konnte, da rund 80% des relevanten Marktes an der Absprache beteiligt waren. In Bezug auf die Beurteilung des Innenwettbewerbs ist dieser Entscheid aus den gleichen Gründen zu kritisieren wie der Entscheid i.S. Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen9. Die WEKO hat es wiederum unterlassen zu prüfen, ob und in welchem Umfang der Preiswettbewerb trotz der Absprache noch funktionierte. Einen zwiespältigen Eindruck hinterlassen aber auch andere Ausführungen der WEKO: Die WEKO ging richtigerweise der Frage nach, wie die Wettbewerbsintensität auf dem relevanten Markt zu beurteilen war¹⁰. Dazu hatte die bei den Fensterverarbeitern (den Kunden) durchgeführte Befragung ergeben, dass die Mehrheit den Wettbewerb unter den Anbietern als eher intensiv bezeichnet. Die WEKO nimmt dieses Ergebnis zwar zur Kenntnis, bezeichnet es dann aber als kaum relevant, da es sich dabei doch eher um eine subjektive Einschätzung der Fensterverarbeiter handle¹¹. Angesichts dieser Begründung muss man sich fragen, wer - wenn nicht die Marktgegenseite - in der Lage sein soll, die Wettbewerbsintensität «obiektiv» zu beurteilen. Dies umso mehr, als die WEKO in den gleich anschliessenden Erwägungen ihres Entscheides vollumfänglich auf die Aussagen der Fensterverarbeiter abstellte, als sie der Frage nachging, wie wichtig der Wettbewerbsparameter «Preis» sei. Bei der Lektüre dieser Passagen des Entscheides entsteht der Eindruck, dass das identische Beweismittel (Aussagen der Kunden) anders gewürdigt wird, je nachdem, ob es für oder gegen Wettbewerb spricht. Ob dies mit den Anforderungen an eine bundesrechtskonforme Beweiswürdigung zu vereinbaren ist, erscheint fraglich.

IV. Entscheide der Rechtsmittelinstanzen

Bundesverwaltungsgericht: Mobilterminierung

Am 24. Februar 2010 erging der mit Spannung erwartete Entscheid des BVGer i.S. Mobilterminierung¹². Bekanntlich war die WEKO 2007 zum Schluss gekommen, dass die Swisscom im Bereich der Mobilterminierung über eine marktbeherrschende Stellung verfügte und diese durch zu hohe Terminierungsgebühren missbraucht hatte. Die WEKO auferlegte der Swisscom eine Busse von rund CHF 333 Mio. Die Swisscom führte gegen diesen Entscheid Beschwerde, die vom BVGer nun gutgeheissen wurde.

Das BVGer kam gestützt auf eine ausführliche Begründung zwar zum Schluss, dass die mit dem KG geschaffene Organisation der Wettbewerbsbehörden und der Rechtsmittelinstanzen EMRK-konform sei. Die in der Lehre umstrittene Frage, ob die WEKO überhaupt Bussen verhängen dürfe. wurde vom BVGer somit bejaht. Anschliessend führte das BVGer aus, dass die Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG für sich allein dem Legalitätsprinzip nicht genüge, da die Generalklausel inhaltlich zu offen formuliert sei. Erst in Kombination mit den in Art. 7 Abs. 2 KG genannten Verhaltensweisen sei die Norm genügend bestimmt, dass gestützt darauf Bussen gemäss Art. 49a Abs. 1 KG verhängt werden könnten. Diese Feststellung des BVGer dürfte für die künftige Praxis von einiger Bedeutung sein, untersagt das BVGer damit doch die Verhängung

RPW 2010 717 ff.

Vgl. dazu oben Abschnitt III.B.

RPW 2010 747 Rz. 280 ff.

RPW 2010 748 Rz. 283.

¹² RPW 2010 242 ff.

von Bussen, sofern kein Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 KG erfüllt ist.

In Bezug auf den zur Diskussion stehenden Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG hielt das BVGer fest, dass das «Erzwingen» ein notwendiges Tatbestandselement dieser Norm sei. Da jedes Telekommunikationsunternehmen, das möglicherweise unangemessenen Terminierungsgebühren der Swisscom gegenüberstehe, an die ComCom gelangen und die Festlegung kostenorientierter Preise verlangen könne, fehle es im konkreten Fall an dem Erzwingungspotenzial. Dieser Auslegung durch das BVGer ist zuzustimmen. Denn hat die Marktgegenseite die Möglichkeit, die behördliche (kostenorientierte) Preisfestsetzung zu verlangen, so verfügt der Anbieter über keine Missbrauchsmöglichkeit. Aus dogmatischer Sicht kann man sich allenfalls fragen, ob es nicht sogar angezeigt gewesen wäre, diese Alternative - Festlegung der Terminierungsgebühren durch die ComCom - bereits bei der Beurteilung der Markstellung zu berücksichtigen. Denn diese durch den Fernmeldegesetzgeber geschaffene Alternative verunmöglicht es der Swisscom gerade, sich in Bezug auf die Terminierungsgebühren in wesentlichem Umfang von der Marktgegenseite unabhängig zu verhalten, was gegen eine marktbeherrschende Stellung spricht (Art. 4 Abs. 2 KG).

Sowohl die WEKO bzw. das EVD als auch die Swisscom haben gegen den Entscheid des BVGer Beschwerde beim Bundesgericht eingereicht. Der Entscheid des Bundesgerichts dazu dürfte noch dieses Jahr ergehen.

In einem weiteren Urteil hatte das BVGer eine Verfügung der WEKO zu überprüfen, in welcher der Publigroupe vorgeworfen worden war, sie habe gewisse Marktteilnehmer diskriminiert¹³. Das BVGer bestätigte in diesem Entscheid die EMRK-Konformität der Behördenorganisation und hielt erneut fest, dass Art. 7 Abs. 1 KG für sich allein zu unbestimmt sei, um gestützt darauf eine Busse zu verhängen. Erst in Kombination mit dem in Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG enthaltenen Diskriminierungsverbot sei dem Bestimmtheitsgebot Genüge getan. Im konkreten Fall bestätigte das BVGer die Diskriminierung insbesondere mit dem Hinweis, dass für die von Publigroupe vorgebrachten Argumente zur Verweigerung der Kommissionierung keine bzw. nicht ausreichende sachliche Gründe erkennbar seien. Auch gegen diesen Entscheid ist zurzeit vor Bundesgericht eine Beschwerde hängig.

C. Bundesstrafgericht: Entsiegelung

Anlässlich einer Hausdurchsuchung hatte das Sekretariat der WEKO bei einem Unternehmen eine Reihe von Dokumenten beschlagnahmt und von elektronischen Datenträgern sogenannte Spiegelungen erstellt. Das Unternehmen verlangte die Siegelung dieser Unterlagen und Datenträger u.a. mit der Begründung, dass sich darunter auch Unterlagen befinden würden, die von externen Anwälten erstellt worden seien und daher unter das Anwaltsgeheimnis fallen würden. Das Sekretariat der WEKO versiegelte die Dokumente und Datenträger und stellte anschliessend beim Bundesstrafgericht das Gesuch auf Entsiegelung, welches gutgeheissen wurde¹⁴.

Das Bundesstrafgericht hielt dazu fest, dass im Rahmen eines Entsiegelungsverfahrens lediglich zu prüfen sei, ob ein hinreichender Tatverdacht bestand, um die Hausdurchsuchung durchzuführen und die Dokumente und Datenträger zu beschlagnahmen. Die Anforderungen, die das Bundesstrafgericht an einen solchen Nachweis stellt, sind gering. Im konkreten Fall genügte es, dass die WEKO aufgrund der Anzeige über Anhaltspunkte verfügte, dass das durchsuchte Unternehmen an unzulässigen Wettbewerbsabreden i.S. von Art. 5 Abs. 3 KG beteiligt sein könnte. Als weitere Voraussetzung für die Entsiegelung prüfte das Bundesstrafgericht, ob anzunehmen sei, dass in den versiegelten Dokumenten und Datenträgern Informationen enthalten sind, die für die Untersuchung der WEKO von Bedeutung sein könnten. Auch an diese Voraussetzung stellt das Bundesstrafgericht geringe Anforderungen. Es reichte nach Auffassung des Bundesstrafgerichts bereits aus, dass sich die Unterlagen in den Geschäftsräumen des Unternehmens befunden hatten.

Interessant ist der Entscheid vor allem deswegen, weil er eine Rechtsprechungsänderung ankündigt, die durch die eidgenössische Strafprozessordnung notwendig wird. Nach der bisherigen Rechtsprechung war bekanntlich nur die eigentliche «Verteidigungskorrespondenz» unabhängig von ihrem Aufbewahrungsort durch das Anwaltsgeheimnis geschützt. Da in Kartellverfahren Hausdurchsuchungen regelmässig ganz zu Beginn der Untersuchung stattfinden, kann es zu diesem Zeitpunkt noch gar keine «Verteidigungskorrespondenz» im engen Sinn geben. Dies trifft auch für Unterlagen zu, die zwar den

B. Bundesverwaltungsgericht: Publigroupe - Vermittlung von Inseraten in Printmedien

¹³ RPW 2010 329 ff.

¹⁴ RPW 2010 226 ff.

Untersuchungsgegenstand betreffen. aber vor Beginn der Untersuchung erstellt wurden. Für solche Unterlagen ging die Rechtsprechung bisher davon aus, dass sie nicht vom Anwaltsgeheimnis erfasst sind, sofern sie sich beim Unternehmen befinden. Das Bundesstrafgericht weist in seinem Entscheid nun darauf hin, dass diese Rechtslage durch Art. 264 StPO geändert wurde¹⁵. Nach dieser Bestimmung dürfen von Rechtsanwälten erstellte Unterlagen unabhängig von deren Aufbewahrungsort und dem Zeitpunkt der Erstellung nicht beschlagnahmt werden. Dieser Grundsatz gilt seit dem 1. Januar 2011 somit auch für Hausdurchsuchungen der WEKO.

V. / Entscheide der Zivilgerichte

Die Praxis der Zivilgerichte zum KG ist nach wie vor spärlich. Zu erwähnen sind immerhin zwei Entscheide des Handelsgerichts Zürich.

Im Entscheid i.S. «Jovani» 16 stand die Kündigung eines Vertriebsvertrags zur Diskussion. Der Lieferant machte geltend, die im Vertriebsvertrag enthaltene Bestimmung, wonach er sich verpflichtet hatte, im Gebiet des Händlers Kunden weder aktiv noch passiv zu beliefern, verstosse gegen Art. 5 Abs. 4 KG und sei deshalb nichtig. Es war unbestritten, dass der Vertrag ein Kündigungsrecht für den Fall vorsah, dass eine Vertragsbestimmung nichtig war. Damit war vom HGer Zürich zu entscheiden, ob es sich bei der vom Lieferant eingegangenen Verpflichtung um einen kartellrechtlich verpönten absoluten Gebietsschutz handelte. Das HGer Zürich verneinte dies, da der Tatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG nur erfüllt sei, wenn es anderen Händlern verwehrt sei, passiv in das Vertragsgebiet hinein zu verkaufen. Dagegen könne der Lieferant

selber eine solche Verpflichtung eingehen, ohne damit gegen das KG zu verstossen. Dieser Auslegung ist zuzustimmen, spricht doch Art. 5 Abs. 4 KG explizit von «gebietsfremden Vertriebspartnern», worunter der Lieferant nicht subsumiert werden kann.

Der zweite zivilrechtliche Entscheid - ebenfalls vom HGer Zürich - erging in einem vorsorglichen Massnahmeverfahren¹⁷. Zur Diskussion stand die Kündigung eines sogenannten Servicepartnervertrags der Automarke VW. Die Werkstätte, der dieser Vertrag gekündigt worden war, machte geltend, die Kündigung sei nicht rechtmässig erfolgt, da sie nicht begründet worden sei. Sie berief sich dabei auf Ziffer 17 der Kfz-Bekanntmachung der WEKO, wonach in der Regel eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung vorliege, wenn die Kündigung nicht schriftlich begründet sei. Der Einzelrichter des HGer Zürich wies dieses Argument zurück und hielt fest, dass sich die Frage, ob ein Vertrag wirksam gekündigt worden sei, allein aufgrund des Zivilrechts bestimme. Da die gemäss Vertrag geltenden Kündigungsformalitäten (Frist und Termin) eingehalten worden waren, kam der Einzelrichter zum Schluss, dass die Kündigung zivilrechtlich wirksam sei. Ob der Vertrag kartellrechtskonform gewesen sei, sei eine andere Frage, welche die Wirksamkeit der Vertragsauflösung nicht tangiere. Aus dem Entscheid ist ersichtlich, dass die Zivilgerichte zurückhaltend sind, den in der Kfz-Bekanntmachung enthaltenen Bestimmungen zivilrechtliche Wirkungen zuzuerkennen.

VI. Neue Vertikalbekanntmachung

Am 1. August 2010 trat die neue Vertikalbekanntmachung der WEKO

(VertBek) in Kraft¹⁸, Als Gründe für die Revision nannte die WEKO einerseits das geänderte europäische Recht und andererseits ihre im Jahr 2009 ergangenen Entscheide zu vertikalen Abreden. Diese Begründung ist insofern fragwürdig, als die WEKO über keine Rechtsetzungskompetenzen verfügt. Massgebend für die Beurteilung vertikaler Abreden sind allein Art. 5 KG und allenfalls Art. 7 KG. Bleiben diese Bestimmungen unverändert, so können weder Änderungen des europäischen Rechts noch Entscheide der WEKO zu einer anderen Beurteilung vertikaler Abreden führen. Die neue VertBek hat daher kein neues materielles Recht geschaffen. Sie gibt lediglich wieder, wie die WEKO beabsichtigt, Art. 5 KG im Zusammenhang mit vertikalen Abreden auszulegen. Die VertBek bewirkt somit in erster Linie eine Selbstbindung der WEKO, verbietet doch der Grundsatz des Vertrauensschutzes, dass die WEKO von der in der VertBek statuierten Auslegung abweicht. Ob diese Auslegung aber mit Art. 5 KG tatsächlich zu vereinbaren ist, bleibt eine Rechtsfrage, die von den Rechtsmittelinstanzen in jedem Einzelfall mit voller Kognition zu prüfen ist.

Die neue VertBek stellt in vielerlei Hinsicht eine deutliche Verbesserung zu ihrer Vorgängerin dar. Insbesondere zu begrüssen ist, dass sich die WEKO davon verabschiedet hat, gewisse Abreden allein aufgrund ihres Gegenstands als per se erheblich zu qualifizieren. Neu soll im Einzelfall eine Gesamtbeurteilung vorgenommen werden, in der sowohl qualitative

¹⁵ RPW 2010 229 E. 4.2.

¹⁶ RPW 2010 793 ff.

¹⁷ RPW 2010 807 ff.

¹⁸ RPW 2010 606 ff.

als auch quantitative Kriterien zu berücksichtigen sind (vgl. Ziff. 12 Vert-Bek). Erfreulich ist auch, dass die WEKO mit Ziff. 11 VertBek die intensiv diskutierte Streitfrage, ob die Vermutung von Art. 5 Abs. 4 KG allein durch den Nachweis von Interbrand-Wettbewerb widerlegt werden könne, positiv beantwortet hat. Bei der Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse werden richtigerweise sowohl der Intrabrand- als auch der Interbrand-Wettbewerb berücksichtigt. Schliesslich ist auch die (teilweise) Klarstellung zu den Preisempfehlungen zu begrüssen. Gemäss Ziff. 15 Abs. 2 VertBek sind unverbindliche Preisempfehlungen dann kritisch, wenn sie sich infolge der Ausübung von Druck oder der Gewährung von Anreizen wie Fest- oder Mindestverkaufspreise auswirken. Die weiteren in Ziff. 15 Abs. 3 VertBek genannten Indizien sind für die materielle Beurteilung von Preisempfehlungen ohne Bedeutung, sondern sie werden von der WEKO lediglich beim Entscheid herangezogen, welche Fälle sie überprüfen wird.

VII. Ausblick

Im vergangenen Jahr sind im Bereich des Kartellrechts wiederum eine Reihe interessanter Entscheide ergangen. Gegen zahlreiche dieser Entscheide wurden Rechtsmittel ergriffen, sodass dieses Jahr mit mehreren Urteilen der Rechtsmittelinstanzen zu rechnen ist.

Daneben steht eine erneute Revision des KG zur Diskussion. Im Sommer 2010 eröffnete der Bundesrat die Vernehmlassung zu diversen Änderungen des KG. Im Mittelpunkt der Vorlage steht die Schaffung eines Bundeswettbewerbsgerichts, das in erster Instanz kartellrechtliche Entscheide fällen soll. Der Wettbewerbsbehörde (vergleichbar mit dem heutigen Sekretariat) soll die Aufgabe zukommen, die Untersuchung zu führen und beim Bundeswettbewerbsgericht Antrag zu stellen. Neben dieser zu begrüssenden institutionellen Änderung sollen diverse materielle Bestimmungen des KG revidiert werden. Die Eingriffskriterien in der Zusammenschlusskontrolle sollen gesenkt,

das Widerspruchsverfahren verbessert, die Behandlung vertikaler Abreden differenziert, das Zivilverfahren gestärkt und die internationale Kooperation ausgebaut werden. Noch in der ersten Hälfte 2011 wird zudem die Vernehmlassung zu einem zweiten Revisionspaket erwartet, mit dem die Motion von Ständerat Schweiger umgesetzt werden soll. Mit diesem Paket soll einerseits die Reduktion der Busse im Gesetz verankert werden, sofern das Unternehmen nachweisen kann. dass es über ein kartellrechtliches Compliance-Programm verfügt. Andererseits soll die Strafbarkeit natürlicher Personen eingeführt werden, die sich trotz eines solchen Compliance-Programms kartellrechtswidrig verhalten haben.