

Entwicklungen im Kartellrecht / Le point sur le droit 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 2013 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 des vergangenen Jahres hervorzuheben.

II. Organisation und Statistik der WEKO

Die Zusammensetzung der Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) hat sich im Jahr 2013 nicht verändert. Der Personalbestand des Sekretariats der WEKO wuchs nochmals etwas an und umfasste Ende 2013 75,8 Vollzeitstellen (Vorjahr 72,6 Vollzeitstellen).

Im Jahr 2013 wurden insgesamt 24 Untersuchungen und 27 Vorabklärungen geführt. Ein beachtlicher Teil der Untersuchungen (17) wurde aus dem Vorjahr übernommen; eröffnet wurden sieben neue Untersuchungen³. Im Vergleich zum Vorjahr etwas zurückgegangen ist mit 27 die Anzahl der geführten Vorabklärungen (Vorjahr 33). Abgeschlossen wurden im vergangenen Jahr sieben Untersuchungen und elf Vorabklärungen. Die Anzahl der von der WEKO zu beurteilenden Unternehmenszusammenschlüsse bewegte sich mit 32 leicht über dem Niveau des Vorjahres

(28). Nach wie vor sind zahlreiche von der WEKO in den vergangenen Jahren entschiedene Fälle bei den Rechtsmittelinstanzen hängig (14).

III. Wichtige Entscheide der WEKO

A. Nichtweitergabe von Währungsvorteilen

Mit Entscheid vom 7. September 2013 stellte das Sekretariat der WEKO die in der Öffentlichkeit mit grossen Erwartungen verknüpfte Vorabklärung betreffend die Nichtweitergabe von Währungsvorteilen ein⁴. Hintergrund der Vorabklärung war die im Zusammenhang mit der Frankenstärke/Euroschwäche in der Öffentlichkeit intensiv geführte Diskussion über die deutlich höheren Preise verschiedener Markenprodukte in der Schweiz im Vergleich zum europäischen Ausland («Hochpreinseln Schweiz»). Mit der Vorabklärung sollte geklärt werden, ob und durch wen die Währungsvorteile zurückgehalten wurden und ob dies auf unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen zurückzuführen war. Dazu befragte das Sekretariat 22 namhafte Markenartikellieferanten und die Detailhändler Coop, Migros und Denner.

Zunächst stellte das Sekretariat fest, dass Parallelimporte aus dem Ausland zwar stattfanden, jedoch lediglich in geringem Umfang. Als primäre Gründe für die tiefe Importquote identifizierte das Sekretariat die immer noch bestehenden Handelshemmnisse (insb. abweichende Deklarations- und Beschriftungsvorschriften) und die fehlende kontinuierliche Verfügbarkeit ausreichender Mengen bei den Parallelhändlern im Ausland. Für unzulässige Gebietsabsprachen, welche Parallelimporte in die Schweiz behinderten, fand das Sekretariat keine Anhaltspunkte. Ebenso wenig gab es Hinweise auf unzulässige Preisbindungen zweiter Hand. Zur Weitergabe der Währungsvorteile kam das Sekretariat zum Schluss, dass der durch die Öffentlichkeit und die Detailhändler auf die Markenartikellieferanten erzeugte Druck durchaus Wirkung zeigte. Denn dieser Druck bewegte die Mehrheit der Markenarti-

¹ SJZ 109 2013 207 ff.; SJZ 108 2012 215 ff.; SJZ 107 2011 206 ff.; SJZ 106 2010 216 ff.; SJZ 105 2009 215 ff.; SJZ 104 2008 218 ff.

² RPW 2013 5.

³ 7.2.2013: Untersuchung Tunnelreinigungsfirmer; 4.4.2013: Untersuchung Übertragung von Live-Sport im Pay-TV; 16.4.2013: Untersuchung Strassen- und Tiefbau im Kanton St. Gallen; 23.5.2013: Untersuchung Konzessionäre von Marken der Volkswagen-Gruppe; 5.7.2013: Untersuchung Saiteninstrumente; 18.7.2013: Untersuchung Preissysteme der Post für Geschäftskunden; 19.7.2013: Untersuchung Breitbandinternet für Geschäftskunden.

⁴ RPW 2013 488 ff.

kellieferanten dazu, die Konditionen des Detailhandels zu verbessern. Allerdings erlaubten die verfügbaren Daten nicht, im Detail zu überprüfen, in welchem Umfang bei den Markenartikellieferanten Währungsvorteile entstanden waren und in welchem Umfang diese an den Detailhandel weitergegeben wurden. Dies hing u.a. damit zusammen, dass ein beachtlicher Teil der Kosten der Markenartikellieferanten in der Schweiz anfiel und daher nicht vom Wechselkurs tangiert war (insb. die Kosten für Werbung und Vertrieb). Die grosse Mehrheit der vom Sekretariat befragten Markenartikellieferanten gab an, dass weniger als 50% ihrer Kosten vom Wechselkurs beeinflusst würden. Bei der Analyse des Detailhandels kam das Sekretariat zum Schluss, dass dieser die Einsparungen, welche dank tieferer Einkaufspreise erzielt werden konnten, zeitnah und vollständig an die Kunden weitergab, wobei die Datenlage auch hier keine detaillierte Analyse erlaubte. Daher stellte das Sekretariat die Vorabklärung ein.

Das Ergebnis der Vorabklärung mag jene, die ein rigores Vorgehen gegen die Hochpreisinsel Schweiz fordern, möglicherweise enttäuschen. Die durchgeführte Vorabklärung zeigt jedoch, dass der Wettbewerb auch ohne zusätzliche staatliche Interventionen in der Lage ist, das Problem zumindest zu entschärfen. Offenbar waren die meisten Markenartikellieferanten bereit, die Währungsvorteile an den Detailhandel weiterzugeben. Und auch wenn gemäss der Einschätzung des Sekretariats die Konzentration des Lebensmitteldetailhandels in der Schweiz aussergewöhnlich hoch ist, bestand offenbar auch auf dieser Marktstufe genügend Wettbewerbsdruck, der die Detailhändler zwang, die bei den Lieferanten erzielten Einsparungen an die Kunden weiterzugeben.

B. Kosmetikprodukte

Mit Verfügung vom 21. Oktober 2013 stellte die WEKO eine Untersuchung im Bereich der Kosmetikprodukte ein⁵. Der Entscheid der WEKO ist deshalb von besonderem Interesse, weil er die immer noch spärliche Praxis zu vertikalen Abreden ergänzt. Im Zentrum der Untersuchung standen Klauseln, die in einem Vertriebsvertrag für Kosmetikprodukte zwischen der amerikanischen Herstellerin (Dermologica Inc.) und der von der Herstellerin unabhängigen schweizerischen Händlerin (Care on Skin GmbH) enthalten waren.

Zunächst stellte die WEKO fest, dass das für die schweizerische Händlerin geltende Verbot, die Produkte ausserhalb der Schweiz (und Liechtensteins) zu verkaufen, aus der Sicht des schweizerischen Kartellrechts unproblematisch sei, da sich ein solches Exportverbot in der Schweiz nicht auswirke, womit das KG darauf gar nicht anwendbar sei. Dagegen war die in den ausländischen Vertriebsverträgen enthaltene Bestimmung, wonach die unabhängigen Händler die Produkte nicht ausserhalb des EWR verkaufen durften, vom Anwendungsbereich des KG erfasst. Da die Schweiz nicht zum EWR gehört, untersagte die Bestimmung den ausländischen Händlern, die Produkte an Abnehmer in der Schweiz zu liefern. Diese Bestimmung führte nach Auffassung der WEKO zu einem absoluten Gebietsschutz, womit der Tatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG erfüllt war⁶. Die daraus resultierende Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs wurde aber durch den intensiven Interbrand-Wettbewerb nicht nur widerlegt. Aufgrund der beschränkten Bekanntheit der Marke, des sehr geringen Marktanteils und der eher bescheidenen Preisdifferenzen zum Ausland (durchschnittlich rund 10%) sei nicht davon auszugehen, dass die Gebietsschutzklausel erhebliche Auswirkungen auf den schweizerischen Markt gehabt habe. Aus den gleichen Gründen wurden auch die weitgehend befolgten Preisempfehlungen und das Verbot des Online-Verkaufs als unerheblich eingestuft. Deshalb stellte die WEKO die Untersuchung ein, was auch durch den Umstand begünstigt worden sein dürfte, dass die beteiligten Unternehmen die beanstandeten Klauseln während des Verfahrens angepasst hatten.

Dieser Entscheid ist insofern bemerkenswert, als es einer der ganz wenigen Entscheide der WEKO ist, in denen eine Abrede, die einen Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 3 oder Abs. 4 KG erfüllt, doch noch als unerheblich und damit als zulässig qualifiziert wurde. Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang die auch im Jahr 2013 abgeschlossene Vorabklärung i.S. Harley-Davidson⁷. In dieser Vorabklärung kam das Sekretariat der WEKO ebenfalls zum Schluss, dass das in den USA geltende Exportverbot für den Verkauf von Harley-Davidson-Produkten in die Schweiz als eine unerhebliche Wettbewerbsbeschränkung einzuordnen und damit kartellrechtlich zulässig sei.

⁵ Entscheid ist auf der Webpage der WEKO publiziert (www.weko.admin.ch).

⁶ Eine analoge Klausel in den ausländischen Vertriebsverträgen war bereits BMW zum Verhängnis geworden (vgl. *RPW 2012 549 ff.*; *SJZ 109 2013 208 f.*)

⁷ *RPW 2013 285 ff.*

Zu beachten ist allerdings, dass die WEKO und ihr Sekretariat diese beiden Entscheide fällte, bevor das Bundesverwaltungsgericht i.S. Gaba/Elmex⁸ festhielt, dass bei einem absoluten Gebietsschutz die quantitativen Auswirkungen nicht mehr zu prüfen seien. Es ist daher zu befürchten, dass die Wettbewerbsbehörden wohl anders entschieden hätten, wenn der Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts bereits vorgelegen hätte.

IV. Entscheide der Rechtsmittelinstanzen

A. Gaba/Elmex

Einen für die weitere Entwicklung des schweizerischen Kartellrechts wichtigen Entscheid hat das Bundesverwaltungsgericht am 19. Dezember 2013 i.S. Gaba/Elmex gefällt⁹. Gegenstand dieses Beschwerdeentscheids war die Verfügung der WEKO aus dem Jahr 2009, in dem die WEKO der Gaba International AG eine Busse von rund CHF 4,8 Mio. und der Gebro Pharma GmbH eine Busse von CHF 10000.– auferlegt hatte¹⁰. Gebro stellte in Österreich die Zahnpasta Elmex als Lizenznehmerin von Gaba her. In dem Lizenzvertrag aus dem Jahre 1982 hatte sich Gebro verpflichtet, die Vertragsprodukte ausschliesslich in Österreich zu vertreiben und nicht in andere Länder zu exportieren. Die WEKO qualifizierte dieses Exportverbot als unzulässigen absoluten Gebietsschutz i.S. von Art. 5 Abs. 4 KG.

Das Bundesverwaltungsgericht hielt in seinem Beschwerdeentscheid zunächst fest, dass das KG aufgrund des in Art. 2 Abs. 2 KG statuierten Auswirkungsprinzips auf diesen Sachverhalt anwendbar sei. Die Auswirkungen auf den schweizerischen Markt müssten keine bestimmte Intensität oder Spürbarkeit aufweisen, damit das KG anwendbar sei. Die Frage der Intensität der Auswirkungen sei nicht bereits bei der Anwendbarkeit des KG, sondern erst im Rahmen der materiellen Beurteilung zu prüfen. Diese Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts ist zwar vertretbar, auch wenn sie der herrschenden Lehre widerspricht. Voraussetzung wäre allerdings, dass bei der materiellen Beurteilung die Auswirkungen der Abrede dann aber auch tatsächlich überprüft werden und nicht – wie es das Bundesverwaltungsgericht leider machte – von der

Form der Abrede automatisch auf die angeblich erheblichen Auswirkungen geschlossen wird.

Das Bundesverwaltungsgericht hielt weiter fest, dass Lizenzverträge in den Anwendungsbereich von Art. 5 Abs. 4 KG fallen, sofern sie vertriebsrechtliche Elemente enthalten. Die europäische Gruppenfreistellungsverordnung zu Technologietransfer-Vereinbarungen (TT-GVO), welche die Möglichkeit eines absoluten Gebietsschutzes vorsieht, sei zwar rechtsvergleichend zu berücksichtigen. Jedoch könne Gaba daraus nichts zu ihren Gunsten ableiten, da sich Gaba im Lizenzvertrag die Schweiz nicht ausdrücklich als exklusives Gebiet vorbehalten habe. Zudem hätte die von der TT-GVO gewährte Freistellung entzogen werden können, wenn die Vereinbarung wie im vorliegenden Fall zu einer eigentlichen Marktabschottung führe.

Die von Art. 5 Abs. 4 KG aufgestellte Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung war auch nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts widerlegt. Weiter teilte das Bundesverwaltungsgericht die Einschätzung der WEKO, dass die Gebietsschutzklausel qualitativ erheblich sei. Die quantitative Erheblichkeit sei ebenfalls zu bejahen, da der Gesetzgeber bei solchen Wettbewerbsabreden sogar die Beseitigung des Wettbewerbs vermute, woraus «a maiore ad minus» folge, dass in solchen Fällen unabhängig von allfälligen Marktanteilen eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung vorliege. Die Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung könne deshalb bejaht werden, ohne dass die konkreten Auswirkungen auf den Markt zu überprüfen seien, und die Beschwerde sei damit abzuweisen.

Ob diese Auslegung mit Verfassung und Gesetz zu vereinbaren ist, erscheint fraglich. Art. 96 Abs. 1 BV erlaubt lediglich, Vorschriften gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche *Auswirkungen* von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu erlassen. Dies impliziert, dass das gestützt auf Art. 96 Abs. 1 BV erlassene KG den Auswirkungen einer Abrede auf den Wettbewerb Rechnung tragen muss. Art. 5 KG setzt diese verfassungsrechtliche Vorgabe korrekt um, erlaubt Art. 5 KG eine Intervention doch nur, wenn feststeht, dass eine Abrede tatsächlich Auswirkungen auf den Wettbewerb hat – nämlich den Wettbewerb entweder erheblich beeinträchtigt oder beseitigt. Per-se-Verbote gewisser Abredetypen – wie sie andere Rechtsordnungen zum Teil kennen – sind dem schweizerischen Recht fremd; massgebend sind die Auswirkungen auf den Wettbewerb. Indem das Bundesverwaltungsgericht die Auswirkungen als irrelevant bezeichnet und vom Abredetypus (absoluter Gebietsschutz) direkt auf die Erheblichkeit und damit faktisch auch auf die Unzulässigkeit

⁸ Vgl. dazu unten Abschnitt IV.A.

⁹ RPW 2013 750 ff.

¹⁰ RPW 2010 65 ff.

schliesst, setzt sich das Bundesverwaltungsgericht über die von Verfassung und Gesetz vorgegebene Ordnung hinweg. Der Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts ist umso erstaunlicher, als mit der laufenden Revision des KG solche (verfassungsrechtlich fragwürdige) Per-se-Verbote für die Tatbestände von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG eingeführt werden sollen. Wenn aber der Gesetzgeber solche Per-se-Verbote erst noch schaffen will, dann sollte dies für die rechtsanwendenden Behörden eigentlich ein klarer Hinweis sein, dass das geltende Recht keine solchen Verbote enthält.

Das Bundesverwaltungsgericht hat in seinem Entscheid auch die seit Jahren umstrittene Frage beantwortet, ob in jenen Fällen, in denen ein Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG erfüllt ist, auch dann eine Busse verhängt werden kann, wenn die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung zwar widerlegt werden kann, aber eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung verbleibt, die nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden kann. Das Bundesverwaltungsgericht kam zum Schluss, dass auch in diesen Fällen Bussen ausgesprochen werden können. Diese Auslegung von Art. 49a Abs. 1 KG ist zwar nachvollziehbar, jedoch trägt sie nach der hier vertretenen Auffassung dem Umstand zu wenig Rechnung, dass die Bussen gemäss Art. 49a Abs. 1 KG strafrechtlichen bzw. strafrechtsähnlichen Charakter haben. Nach dem Grundsatz «nulla poena sine lege certa» sollten unklare Strafnormen nur zurückhaltend auf nicht eindeutig erfasste Tatbestände ausgeweitet werden.

Gaba hat gegen den Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts beim Bundesgericht Beschwerde eingereicht. Damit wird sich in absehbarer Zeit auch noch das höchste Gericht zu diesen für die weitere Entwicklung des Kartellrechts zentralen Fragen äussern können.

B. Hors-Liste-Medikamente

Am 3. Dezember 2013 entschied das Bundesverwaltungsgericht i.S. Hors-Liste-Medikamente¹¹. Die WEKO hatte im Jahr 2009 eine Sanktionsverfügung gegen die Hersteller von Medikamenten (Pfizer, Eli Lilly und Bayer) gegen erektile Dysfunktion erlassen, da diese für ihre Medikamente (Viagra, Cialis und Levitra) unverbindliche Preisempfehlungen herausgegeben hatten, die nach Einschätzung der WEKO weitgehend eingehalten worden waren¹².

Das Bundesverwaltungsgericht kam aufgrund der Besonderheiten der zur Diskussion stehenden Produkte zum überraschenden Schluss, dass das KG auf diesen Sachverhalt gar nicht anwendbar sei. Dies aus folgenden Gründen: Die Medikamente waren verschreibungspflichtig. Jedoch handelte es sich um sog. Hors-Liste-Medikamente, d.h. um Medikamente, die von der obligatorischen Krankenversicherung nicht vergütet wurden. Deshalb wurden die Preise für diese Medikamente nicht autoritativ durch das BAG via die sog. Spezialitätenliste, sondern von den Herstellern festgelegt. Das Bundesverwaltungsgericht teilte zwar die Auffassung, dass somit in Bezug auf diese Medikamente keine staatliche Preisordnung im eigentlichen Sinn bestand, die den Preiswettbewerb von vornherein ausschliessen würde. Jedoch seien zur Beurteilung der Frage, ob vorbehaltene Vorschriften i.S. von Art. 3 Abs. 1 KG bestünden, auch die weiteren Regulierungen und die faktischen Bedingungen zu beachten. In diesem Zusammenhang sei u.a. von Bedeutung, dass der Interbrand-Preiswettbewerb durch die Verschreibungspflicht eingeschränkt werde, da sich der Patient nach der Verschreibung eines Medikaments in der Apotheke nicht aus Preisgründen für ein anderes Medikament entscheiden könne. Der Arzt habe beim Entscheid für ein Medikament zwar auch die Wirtschaftlichkeit zu beachten, jedoch würden andere Faktoren (Wirksamkeit, Verträglichkeit etc.) tendenziell im Vordergrund stehen. Wichtig sei zudem, dass gemäss Art. 32 Abs. 2 Bst. a HMG für verschreibungspflichtige Medikamente keine Publikumswerbung gemacht werden dürfe. Damit sei den Anbietern insbesondere auch untersagt, mit dem Argument Preis zu werben. Könne aber aufgrund des Heilmittelrechts der Preis nicht beworben werden, so werde damit der Preiswettbewerb weitgehend verhindert. Und schliesslich sei aufgrund der Besonderheit der Produkte (Medikamente gegen Erektionsstörungen) auch nicht zu erwarten, dass das Nachfrageverhalten des Patienten für Preiswettbewerb Sorge. Denn aufgrund des «Schamfaktors» sei der Patient kaum bereit, umfassende Preisvergleiche anzustellen oder in der Apotheke über günstigere Preise oder Rabatte zu verhandeln. All dies führe dazu, dass faktisch gar kein Preiswettbewerb möglich sei, weshalb für diese Produkte ein Vorbehalt i.S. von Art. 3 Abs. 1 KG bestehe und das KG nicht anwendbar sei.

Dem Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts ist im Ergebnis zwar vorbehaltlos zuzustimmen. Die Begründung überzeugt aber nicht. Besteht in einem Markt aufgrund der rechtlichen Rahmenordnung und/oder faktischer Besonderheiten kein oder nur ein beschränkter Preiswettbewerb

¹¹ RPW 2013 704 ff.

¹² RPW 2010 649 ff.

werb, so kann eine Abrede den Preiswettbewerb nicht erheblich beeinträchtigen. Richtigerweise wird diesem Aspekt aber bei der Prüfung der Effekte/Auswirkungen der Abrede (Art. 4 Abs. 1 KG und Art. 5 KG) Rechnung getragen und nicht bereits die Anwendbarkeit des KG verneint. Denn mit dem vom Bundesverwaltungsgericht gewählten Ansatz ist die Gefahr verbunden, dass die Anwendbarkeit des KG auch auf Abreden verneint werden müsste, die den Wettbewerb durchaus beeinträchtigen könnten. Zu denken wäre z.B. an eine horizontale Preisabrede unter den drei Herstellern, die nach der Argumentation des Bundesverwaltungsgerichts einer kartellrechtlichen Überprüfung wohl auch entzogen wäre.

Dieser Entscheid hebt sich in einem wichtigen Punkt positiv von dem wenige Tage später ergangenen Entscheid des gleichen Gerichts i.S. Gaba/Elmex ab. Während das Bundesverwaltungsgericht im Entscheid Gaba/Elmex vom Typus der Abrede automatisch auf die erheblichen Auswirkungen schloss, ohne die konkreten Wettbewerbsverhältnisse zu überprüfen, hat das Bundesverwaltungsgericht im Entscheid Hors-Liste-Medikamente eine ausführliche und differenzierte Analyse der tatsächlichen Wettbewerbsverhältnisse durchgeführt. Erst diese Analyse hat es dem Bundesverwaltungsgericht erlaubt, den Wettbewerb auf diesem Markt und die fehlenden Auswirkungen der Abrede richtig einzuschätzen. Auch wenn diese Analyse nach der hier vertretenen Auffassung unter dem falschen Titel vorgenommen wurde, zeigt der Fall exemplarisch, wie wichtig eine solche differenzierte Analyse der Wettbewerbsverhältnisse und der Auswirkungen der Abrede ist, will man sachgerechte Entscheide treffen. Die WEKO und das Departement schätzen die Sache allerdings anders ein und haben den Entscheid beim Bundesgericht angefochten.

C. Ticketvertrieb im Hallenstadion Zürich

Das Bundesgericht hatte sich im Entscheid Hallenstadion Zürich zu der für die praktische Verfahrensführung wichtigen Frage zu äussern, wer – ausser den Verfügungsadressaten – berechtigt ist, eine Verfügung der WEKO anzufechten¹³. Hintergrund war der Entscheid der WEKO, die gegen das Hallenstadion Zürich und gegen die Ticketcorner AG geführte Untersuchung einzustellen¹⁴. Gegenstand der Untersuchung war die in den Verträgen des Hallenstadions enthaltene Bestimmung, wonach der Veranstalter

mindestens 50% der Tickets dem Hallenstadion zur Verfügung stellen musste. Diese Tickets wurden gestützt auf einen Vertrag zwischen dem Hallenstadion und Ticketcorner von letzterem vertrieben. Nach Einschätzung der WEKO hatte diese 50%-Klausel zwar gewisse Auswirkungen auf den Wettbewerb, diese seien aber nicht erheblich, weshalb die Untersuchung einzustellen sei. Mehrere Konkurrenten von Ticketcorner erhoben beim Bundesverwaltungsgericht dagegen Beschwerde, auf die das Bundesverwaltungsgericht aber mangels Beschwerdebefugnis der Konkurrenten nicht eintrat. Dieser Nichteintretensentscheid wurde beim Bundesgericht angefochten.

Gemäss Bundesgericht richtet sich die Beschwerdebefugnis nach Art. 48 Abs. 1 VwVG. Danach seien Konkurrenten nicht bereits dann zur Beschwerde legitimiert, wenn sie aufgrund des Entscheides einer Behörde mit verstärkter Konkurrenz rechnen müssten. Diese Art des Berührtseins sei dem Prinzip des freien Wettbewerbs vielmehr inhärent. Ein schutzwürdiges Interesse könne für Konkurrenten allerdings dann bestehen, wenn durch wirtschaftspolitische oder sonstige Regelungen eine besondere Beziehungsnähe geschaffen würde. Das KG sei als eine solche Ordnung zu verstehen, da es den wirksamen Wettbewerb schützen wolle. Die Konkurrenten hätten dann ein schutzwürdiges Interesse, wenn sie von einer Wettbewerbsbeschränkung direkt und unmittelbar betroffen würden. Voraussetzung sei allerdings, dass der Konkurrent durch die zur Diskussion stehende Wettbewerbsbeschränkung einen deutlich spürbaren wirtschaftlichen Nachteil, z.B. in der Form einer Umsatzeinbusse, erleide. Ergäbe sich ein solcher Nachteil nicht bereits aus den Akten, so müsse der Beschwerdeführer einen entsprechenden Nachweis erbringen. Dafür genüge es nicht, auf die generellen Auswirkungen der Wettbewerbsbeschränkung zu verweisen. Vielmehr müsse dargelegt werden, dass ein konkreter, individueller Nachteil bestehe. Das Bundesgericht bejahte diese Voraussetzung bei zwei der drei Beschwerdeführer, womit das Bundesverwaltungsgericht nun deren Beschwerden materiell zu beurteilen haben wird.

V. Ausblick

In diesem Jahr dürfte das Schicksal der umfassenden Revision des KG im Mittelpunkt des Interesses stehen, da diese zu scheitern droht. Zwar hatte der Ständerat als Erstrat nicht nur dem Kern der Revision (Per-se-Verbote für gewisse Wettbewerbsbeschränkungen) zugestimmt, sondern

¹³ RPW 2013 467 ff.; BGE 139 II 328.

¹⁴ RPW 2012 74 ff.

auch noch einen umstrittenen Art. 7a in die Revisionsvorlage eingefügt, wonach Nachfrager aus der Schweiz einen Anspruch haben sollen, im Ausland zu den dort geltenden Konditionen beliefert zu werden. In dieser Frühjahrsession ist der Nationalrat aber auf die Vorlage gar nicht eingetreten, womit das Schicksal der Revision ungewiss ist. Ob der Ständerat vor diesem Hintergrund an der Revision festhalten und der Nationalrat anschliessend doch noch auf die

Vorlage eintreten wird, ist fraglich. Dies umso mehr, als nach dem Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts i.S. Gaba/Elmex die Notwendigkeit einer Revision noch fraglicher ist, hat doch das Bundesverwaltungsgericht für gewisse vertikale Abreden ein eigentliches Per-se-Verbot statuiert. Wird dieser Entscheid vom Bundesgericht geschützt, so besteht in Bezug auf den Kernpunkt der Revision schlicht kein gesetzgeberischer Handlungsbedarf.

Anwaltsrubrik / La page de l'avocat

Conflits d'intérêts de l'avocat et qualité pour recourir du client et de son adversaire : derniers développements

En cas de conflits d'intérêt, l'avocat est privé de sa capacité de postuler. Se pose la question de la qualité pour recourir du client contre un prononcé écartant son avocat, et celle de la partie adverse lorsque l'autorité compétente refuse d'écartier l'avocat, faute à son avis de conflit d'intérêt concret. Le présent article se penche sur la jurisprudence rendue par le Tribunal fédéral sur cette question. Un régime unique en matière de qualité pour agir contre les prononcés portant sur la capacité de postuler de l'avocat en cas de conflit d'intérêts se dessine peu à peu, que cette question se pose devant une autorité pénale, administrative ou civile.

Im Falle eines Interessenkonflikts ist es dem Rechtsanwalt verwehrt, seinen Mandanten weiterhin zu vertreten. Will ein Mandant einen behördlichen Entscheid anfechten, welcher aufgrund widerstreitender Interessen ein Vertretungsverbot beinhaltet, stellt sich die Frage seiner Beschwerdebefugnis; Gleiches gilt für den umgekehrten Fall, sprich wenn die Gegenpartei einen Entscheid anfechten will, in dem die Behörde von der Verhängung eines Vertretungsverbots absieht. Der vorliegende Beitrag schildert die einschlägige bundesgerichtliche Rechtsprechung zu dieser Frage, für welche sich nach und nach eine einheitliche Lösung in Zivil-, Straf- und Administrativverfahren abzeichnet; gleichwohl, ob sie sich vor einer Zivil-, Straf- oder einer Administrativbehörde erhebt.

I. Introduction

Un conflit d'intérêts prive l'avocat de sa capacité de postuler: la représentation en procédure suppose que l'avocat puisse agir au nom du client, le représenter et le conseiller en ayant exclusivement en vue les intérêts du mandant, sans que ceux d'un tiers interfèrent dans cette relation. Lorsque le juge ou l'autorité saisie constate l'existence d'un conflit d'intérêts, il dénie à l'avocat sa capacité de postuler et l'oblige à renoncer à la défense en cause¹. Le tribunal ou le juge délégué à l'instruction doit alors fixer un délai à la partie pour qu'elle désigne un représentant satisfaisant aux conditions légales².

Compte tenu de l'attention portée par les juges, les procureurs, et souvent aussi les parties adverses à la problématique des conflits d'intérêts, il n'est pas surprenant que le Tribunal fédéral ait eu l'occasion à diverses reprises ces dernières années de préciser les contours de l'interdiction des conflits d'intérêts, suite à la condamnation de l'avocat à une sanction disciplinaire, pour violation de

¹ *Bohnet/Martenet*, Droit de la profession d'avocat, Berne 2009, N 1144; ATF 138 II 162 c. 2.5.1.

² En matière civile, voir *CPC-Bohnet*, art. 59 N 82, confirmé in TF 4A_87/2012 c. 3.2.3, SJ 2012 I 443.