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 an[1]. Sie umfasst das Kalenderjahr 2014 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 verwiesen[2]. 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 2014 nicht verändert. Der Personalbestand des Sekretariats der WEKO ging im Vergleich zum Vorjahr zurück und umfasste Ende 2014 noch 65,3 Vollzeitstellen (Vorjahr 75,8 Vollzeitstellen).

Im Jahr 2014 wurden insgesamt 21 Untersuchungen und 20 Vorabklärungen geführt. Die meisten der Untersuchungen (19) wurden aus dem Vorjahr übernommen; neu eröffnet wurden lediglich zwei Untersuchungen[3]. Im Vergleich zum Vorjahr zurückgegangen ist mit 20 die Anzahl der geführten Vorabklärungen (Vorjahr 27). Abgeschlossen wurden im vergangenen Jahr sechs Untersuchungen und elf Vorabklärungen. Die Anzahl der von der WEKO zu beurteilenden Unternehmenszusammenschlüsse bewegte sich mit 30 auf dem Niveau des Vorjahres (32). Nochmals stark angewachsen ist die Zahl der WEKO-Entscheide, die bei den Rechtsmittelinstanzen hängig sind (21; Vorjahr 13).

III. Wichtige Entscheide der WEKO

A. Jura

Mit Entscheid vom 30. Juni 2014 genehmigte die WEKO eine einvernehmliche Regelung mit der Jura Elektroapparate AG (Jura), worin sich Jura verpflichtete, den Händlern ihres selektiven Vertriebssystems den Online-Verkauf von Jura-Kaffeemaschinen zu gestatten[4]. Neben der Beschränkung des Online-Vertriebs wurde in der Untersuchung auch geprüft, ob Jura auf die Wiederverkaufspreise der Händler Einfluss genommen und Parallelimporte behindert hatte. In Bezug auf die beiden letzten Punkte wurde die Untersuchung jedoch eingestellt, da nicht genügend Anhaltspunkte für ein unzulässiges Verhalten vorlagen.

Aufgrund von Unterlagen, die im Rahmen der Hausdurchsuchung beschlagnahmt worden waren, konnte die WEKO zwar nachweisen, dass die Händler insbesondere im Zusammenhang mit Aktionsinseraten verpflichtet gewesen waren, die Inserate vorgängig Jura für ein «Gut zum Druck» vorzulegen, wodurch Jura Kenntnis von den geplanten Aktionspreisen erhielt. Jura hatte teilweise auch versucht, auf diese Preise Einfluss zu nehmen. Jedoch bestanden keine Anhaltspunkte, dass die Händler ihre Preise tatsächlich gemäss den Vorstellungen von Jura angepasst hatten. Vielmehr orientierten sich die Händler an den Preisen ihrer Konkurrenten und setzten Preise, die nicht den Vorstellungen von Jura entsprachen. Da sich die Händler den Einflussversuchen von Jura entzogen, fehlte es an einem bewussten und gewollten Zusammenwirken, womit in Bezug auf die Wiederverkaufspreise keine Wettbewerbsabrede i.S. von Art. 4 Abs. 1 KG vorlag. Die WEKO weist in der Begründung aber darauf hin, dass anders zu entscheiden gewesen wäre, hätten auch nur einzelne Händler ihre Preise den Vorstellungen von Jura angepasst.

Untersucht wurde weiter der Vorwurf, Jura würde Garantieleistungen auf parallelimportierten Geräten verweigern. Die von der WEKO durchgeführten Abklärungen zeigten, dass Jura Garantieleistungen nur dann verweigerte, wenn die Geräte bei einem nicht autorisierten

[1] SJZ *2014* 229 ff.; SJZ *2013* 207 ff.; SJZ *2012* 215 ff.; SJZ *2011* 206 ff.; SJZ *2010* 216 ff.; SJZ *2009* 215 ff.; SJZ *2008* 218 ff.

[2] RPW *2014* 836 ff.

[3] 31.3.2014: Untersuchung Devisenhandel; 15.7.2014: Untersuchung Automobil-Leasing.

[4] RPW *2014* 407 ff.

Händler im Ausland gekauft worden waren. Mit Verweis auf die Rechtslage in der EU ging die WEKO davon aus, dass dies in einem selektiven Vertriebssystem – wie es von Jura betrieben wurde – zulässig sei. Diese Massnahme ziele nicht auf eine Behinderung von Parallelimporten ab, sondern solle verhindern, dass die Produkte von nicht autorisierten Händlern verkauft würden. Anders zu entscheiden wäre gemäss WEKO allenfalls dann, wenn Jura die Garantieleistungen auch auf Geräten verweigert hätte, die bei autorisierten Händlern im Ausland bezogen worden waren. In diesem Fall könnte nach Auffassung der WEKO eine unzulässige Gebietsabrede i.S. von Art. 5 Abs. 4 KG vorliegen.

Bis 2013 hatte Jura ihren Händlern vertraglich untersagt, Jura-Kaffeemaschinen online zu verkaufen. Mit Verweis auf den Entscheid Electrolux/V-Zug[5] hielt die WEKO erneut fest, dass die Untersagung des Online-Handels eine qualitativ erhebliche Beschränkung des Wettbewerbs darstelle. Zwar werde damit ohne zusätzliche Elemente keiner der Vermutungstatbestände von Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG erfüllt. Jedoch liege eine erhebliche Wettbewerbsabrede i.S. von Art. 5 Abs. 1 KG vor. Da sich Jura im Rahmen einer einvernehmlichen Regelung bereit erklärte, den autorisierten Händlern den Online-Handel zu gestatten, und dies vertraglich auch bereits umgesetzt hatte, verzichtete die WEKO auf eine vertiefte Analyse der Auswirkungen des zuvor geltenden Verbots. Aus der genehmigten einvernehmlichen Regelung geht hervor, dass Jura aber nicht verpflichtet ist, den Online-Handel vorbehaltlos zu erlauben. Die einvernehmliche Regelung beschränkt sich auf die autorisierten Händler, womit Jura Online-Händler ausserhalb ihres selektiven Vertriebssystems nicht akzeptieren muss. Zudem kann Jura verlangen, dass die autorisierten Händler neben dem Online-Shop auch über physische Verkaufspunkte verfügen und sich beim Online-Verkauf an gewisse Qualitätskriterien halten.

Mit diesem Entscheid bekräftigt die WEKO ihre Position, dass der Online-Verkauf von Produkten grundsätzlich nicht beschränkt werden darf, selbst wenn es sich um Produkte handelt, die selektiv vertrieben werden. Es ist zwar fraglich, ob mit einem Verbot des Online-Handels tatsächlich eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung i.S. von Art. 5 Abs. 1 KG verbunden ist, jedoch scheint dies nun die etablierte Praxis zu sein. Die WEKO folgt damit einer auch in verschiedenen anderen Ländern bestehenden Tendenz, Beschränkungen des Online-Handels schnell als Kartellrechtsverstoss zu qualifizieren.

Interessant ist der Entscheid auch deshalb, weil die WEKO das von Jura praktizierte selektive Vertriebssystem nicht grundsätzlich infrage stellte. Dies ist zu begrüssen, da es in einer freiheitlichen Wirtschaftsordnung im Ermessen des Herstellers stehen soll, ob er seine Produkte nur an selektierte Händler verkauft und welche Anforderungen er an diese Händler stellt. In diesem Punkt scheint die WEKO im vorliegenden Fall eine liberalere Haltung einzunehmen als noch im Entscheid Gaba/Elmex. Gaba hatte seinerzeit geltend gemacht, die Elmex Zahnpasta werde selektiv vertrieben, weshalb keine Discounter beliefert würden. Damals wies die WEKO dieses Argument noch zurück, da für den Verkauf von Elmex kein selektiver Vertrieb erforderlich sei[6]. Vor dem Hintergrund dieses Entscheides wäre zu erwarten gewesen, dass die WEKO auch die Erforderlichkeit des selektiven Vertriebssystem von Jura infrage gestellt hätte, da ja feststand, dass Jura bei importierten Geräten keine Garantieleistungen erbrachte, sofern die Geräte bei nicht autorisierten Händlern gekauft worden waren. Wäre der selektive Vertrieb in diesem Fall nicht zulässig gewesen, so hätte darin eine unzulässige Behinderung von Parallelimporten gesehen werden können.

B. SDA

Am 14. Juli 2014 genehmigte die WEKO eine einvernehmliche Regelung mit der Schweizerischen Depeschenagentur AG (SDA) und auferlegte der SDA eine Busse von rund CHF 1,9 Mio[7].

Die WEKO war in ihrer Untersuchung zum Schluss gekommen, dass die SDA auf den Märkten für deutschsprachige News- und Sport-Basisdienste über eine marktbeherrschende Stellung verfügte. Diese Stellung hatte die SDA nach Auffassung der WEKO i.S. von Art. 7 Abs. 1 KG sowie Art. 7 Abs. 2 Bst. b und e KG missbraucht, indem sie gewissen Kunden Exklusivitätsrabatte gewährte. Diese Rabatte wurden gewährt, wenn der Kunde seinen ganzen Bedarf bei der SDA deckte und keinen Konkurrenzdienst abonniert hatte. Die WEKO sah darin einerseits einen unzulässigen Behinderungsmissbrauch i.S. von Art. 7 Abs. 1 KG, da der Exklusivitätsrabatt für die Kunden einen Anreiz setzte, alle Leistungen bei der SDA zu beziehen, wodurch die konkurrierenden Agenturen im Wettbewerb behindert wurden. Gleichzeitig sei auch der Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG erfüllt. Die Preise danach zu differenzie-

[5] RPW *2011* 372 ff.

[6] Vgl. RPW *2010* 82 ff.

[7] RPW *2014* 670 ff.

ren, ob ein Kunde allein bei der SDA oder auch noch bei anderen Anbietern beziehe, sei eine unzulässige, sachlich nicht zu rechtfertigende Diskriminierung, da Kunden mit gleichen Bezugsvolumen ungleich behandelt würden. Und schliesslich sei der Exklusivitätsrabatt auch noch als eine Einschränkung des Absatzes i.S. von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG zu qualifizieren, weil die Konkurrenten der SDA als Folge des Exklusivitätsrabatts weniger hätten absetzen können.

Der Entscheid der WEKO überrascht nicht, gelten doch Exklusivitätsrabatte geradezu als Paradebeispiel für ein missbräuchliches Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens. Etwas konstruiert wirkt lediglich die Subsumtion des Exklusivitätsrabatts auch noch unter Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG (Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung). Mit diesem Tatbestand sollen in erster Linie Massnahmen des marktbeherrschenden Unternehmens erfasst werden, die darauf abzielen, mit einer künstlichen Verknappung des Angebots die Preise hochzutreiben oder hochzuhalten. Ein Exklusivitätsrabatt hat höchstens mittelfristig eine solche Wirkung, da er in einem ersten Schritt zu einem tieferen Preis führt.

Interessant und für die Praxis von Bedeutung ist dieser Entscheid daher weniger in Bezug auf den Exklusivitätsrabatt, sondern hinsichtlich der Ausführungen zu den Mengenrabatten. Mengenrabatte gehören zum unternehmerischen Alltag und sind sehr weit verbreitet. Während nicht marktbeherrschende Unternehmen solche Rabatte aus wettbewerbsrechtlicher Sicht nahezu beliebig ausgestalten können, stellt sich für das marktstarke Unternehmen die Frage, welche Rabattstaffelung auch dann zulässig ist, wenn das Unternehmen einmal als marktbeherrschend qualifiziert werden sollte. Diese Frage ist für Unternehmen von grosser Bedeutung, da sie vielfach kaum abschätzen können, wie die Wettbewerbsbehörde in den kommenden Jahren die Märkte abgrenzen und ihre Marktstellung einschätzen wird. Preise und Rabatte müssen die Unternehmen aber schon heute festlegen. Gewähren die Unternehmen keine oder nur marginale Mengenrabatte, sind sie zwar kartellrechtlich auf der sicheren Seite, jedoch laufen sie Gefahr, ihre Wettbewerbsfähigkeit einzubüssen, wenn Mengenrabatte in der Branche üblich sind.

Die WEKO hält zur Zulässigkeit von Mengenrabatten marktbeherrschender Unternehmen mit Verweis auf einen älteren Entscheid der REKO/WEF fest, dass solche nur insoweit gewährt werden dürfen, als sie durch Kosteneinsparungen gerechtfertigt seien, anderenfalls liege eine unzulässige Diskriminierung der Kunden i.S. von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG vor. Im vorliegenden Fall erachtete die WEKO diese Voraussetzung noch als gegeben, da der untersuchte Mengenrabatt verhältnismässig gering war (1% je Million Franken Umsatz) und gewisse administrative Einsparungen als plausibel erschienen. Diese strenge Praxis geht an der wirtschaftlichen Realität vorbei. Mengenrabatte dürften gerade im Bereich der Dienstleistungen selten vollumfänglich durch Kosteneinsparungen begründet werden können. Der «Wert» eines Grosskunden besteht denn auch nicht primär darin, dass man mit ihm im Vergleich zu kleineren Kunden deutlich Kosten sparen kann, sondern dass er durch seine grosse Abnahmemenge einen grossen Beitrag zur Deckung der gesamten Kosten des Unternehmens leistet. Ein Kunde, der 100 Einheiten abnimmt, ist aus der Sicht des Unternehmens nun einmal wichtiger als der Kunde, der nur 10 Einheiten abnimmt. Und selbst wenn das Unternehmen neben dem einen grossen Kunden mit 100 Einheiten noch zehn kleine Kunden mit je 10 Einheiten hat, ist offensichtlich, dass der grosse Kunde für das Unternehmen wichtiger ist. Der grosse Kunde nimmt die Hälfte der Produktion ab und trägt damit wesentlich zur Kostendeckung des Unternehmens bei. Verliert das Unternehmen diesen einen grossen Kunden, entsteht ein viel grösserer «Schaden» als beim Verlust eines kleinen Kunden, weshalb es auch marktbeherrschenden Unternehmen erlaubt sein muss, dieses «Schadensrisiko» zu reduzieren, indem man dem grossen Kunden einen tieferen Preis – konkret einen Mengenrabatt – gewährt.

Die WEKO deutet mit dem Verweis auf den Begriff «Skalenerträge» an, dass sie möglicherweise bereit ist, solche Überlegungen miteinzubeziehen. Aus der Begründung geht dies allerdings nicht klar hervor. Überraschend ist sodann, dass sich die WEKO nur mit dem verhältnismässig geringen Mengen- bzw. Gesamtumsatzrabatt von 1% pro Million Franken Umsatz beschäftigte[8]. Nicht thematisiert – obwohl in der Begründung ausdrücklich erwähnt[9] – wurde das nach Massgabe von Auflage, Reichweite oder Nutzung stark degressive Preissystem der SDA. So wurde z.B. der Preis pro Auflagenexemplar für eine gedruckte Tageszeitung um bis zu 75% rabattiert, wenn die Auflage gewisse Werte übertraf. Entsprechend bezahlte z.B. eine grosse Tageszeitung absolut betrachtet zwar mehr als eine kleine Zeitung, pro Auflagenexemplar lag der durchschnittliche Preis der grossen Tageszeitung aber deutlich tiefer. Dieses Preismodell wurde von der WEKO aber nicht in Frage gestellt, obwohl es im Ergebnis zu einem ähnlichen Effekt

[8] RPW *2014* 690 N 153 ff.
[9] RPW *2014* 683 N 102 ff.

führte wie der untersuchte Mengen- bzw. Gesamtumsatzrabatt.

IV. Entscheide der Rechtsmittelinstanzen

A. Bundesverwaltungsgericht: Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren

Das BVGer hiess am 23. September 2014 drei Beschwerden gut, welche die betroffenen Unternehmen gegen die Verfügung der WEKO i.S. Fensterbeschläge geführt hatten[10]. Die WEKO war in einer Verfügung zum Schluss gekommen, dass verschiedene Unternehmen (Hersteller und Händler) Preisabsprachen getroffen hatten, und verhängte dafür Bussen. Das BVGer hiess alle drei Beschwerden gut. Die Begründung in den drei Entscheiden des BVGer ist aber unterschiedlich, da u.a. zu beurteilen war, in welchem Umfang die einzelnen Unternehmen in die Preisabsprachen involviert waren.

Zentral ist jedoch für alle Entscheide, dass das BVGer ausdrücklich und mit Nachdruck festhielt, dass das geltende schweizerische Kartellgesetz keine Per-se-Verbote gewisser Abreden oder Typen von Abrede kenne, weshalb die Auswirkungen im Einzelfall zu prüfen seien. Zu prüfen sei insbesondere, ob (a) zwischen dem zur Diskussion stehenden Verhalten (im konkreten Fall Informationsaustausch) und dem Marktverhalten ein Kausalzusammenhang bestehe, (b) die Wettbewerbsabrede kausal für die Wettbewerbsbeschränkung sei und (c) der Wettbewerb tatsächlich beseitigt oder erheblich beeinträchtigt sei. Wörtlich hielt das BVGer dazu fest: *«Folglich hat die Vorinstanz de lege lata in jedem Einzelfall nachzuweisen, dass der Wettbewerb durch die fragliche Abrede erheblich beeinträchtigt wird. Zum heutigen Zeitpunkt besteht im schweizerischen Kartellrecht somit keine per se-Erheblichkeit, weshalb die Auswirkungen von Absprachen auf dem Markt durch die Vorinstanz zu untersuchen sind.»*

Diesen deutlichen Worten des BVGer ist vorbehaltlos zuzustimmen. Bereits aus der Verfassung (Art. 96 Abs. 1 BV) folgt, dass nur jene Wettbewerbsbeschränkungen untersagt werden können, die volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen haben. Art. 5 KG setzt diese verfassungsrechtliche Vorgabe um, indem er eine Intervention erst erlaubt, wenn feststeht, dass eine Abrede tatsächlich qualifizierte Auswirkungen auf den Wettbewerb hat. Der einzige Schönheitsfehler in der Begründung des BVGer besteht darin, dass sich das BVGer nicht ausdrücklich mit seinem Entscheid i.S. Gaba/Elmex auseinandersetzte. Dort hatte das BVGer nämlich noch – wenn auch nur mit einem einzigen Satz – darauf hingewiesen, dass die Erheblichkeit im Fall von Abreden gemäss Art. 5 Abs. 4 KG zu bejahen sei, ohne dass die konkreten Auswirkungen überprüft werden müssten. Aus dieser Aussage schliesst die WEKO bekanntlich, dass für Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG eine Per-se-Erheblichkeit gelte. Es wäre deshalb zu begrüssen gewesen, wenn das BVGer ausdrücklich festgehalten hätte, dass Gaba/Elmex mit den neuen Entscheiden in diesem Punkt überholt ist, was sich aber auch bereits aus der Regel ergibt, dass jüngere Entscheide älteren vorgehen.

Der eine Entscheid[11] ist sodann in einem weiteren Punkt für die Praxis von einiger Bedeutung. Eines der Unternehmen, das gegen den Entscheid der WEKO Beschwerde führte, hatte während des WEKO-Verfahrens als zweites Unternehmen eine Bonusmeldung (Selbstanzeige) eingereicht. Dafür erhielt das Unternehmen eine Bussenreduktion von 60%. In dem Beschwerdeverfahren vor dem BVGer machte die WEKO u.a. geltend, die Beschwerdeführung durch dieses Unternehmen stehe im Widerspruch zu seiner Selbstanzeige. Mit der Selbstanzeige habe das Unternehmen eingestanden, an einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung beteiligt gewesen zu sein. Die gegenteilige Behauptung in der Beschwerdeschrift komme einem Rückzug der Selbstanzeige gleich, weshalb dem Unternehmen die gewährte Sanktionsreduktion wieder zu entziehen sei.

Das BVGer erteilte dieser Auffassung der WEKO eine klare Absage. Es sei einem Selbstanzeiger unbenommen, mit der WEKO vollumfänglich zu kooperieren, anschliessend aber die rechtliche Würdigung des Sachverhalts zu bestreiten. Ein Selbstanzeiger versorge die Behörde mit relevanten Informationen zum Sachverhalt. Die rechtliche Würdigung des Sachverhalts sei nicht Sache des Selbstanzeigers, sondern allein der Behörde. Deshalb sei die Selbstanzeige weder ein Schuldeingeständnis noch schränke sie die Verteidigungsrechte des Selbstanzeigers ein oder impliziere gar einen Rechtsmittelverzicht.

Diese Ausführungen des BVGer überzeugen. Die von der WEKO vertretene Auffassung stünde in Widerspruch zum Untersuchungsgrundsatz, zum Grundsatz der Rechtsan-

[10] Entscheide B-8399/2010, B-8404/2010 und B-8430/2010 des BVGer vom 23. September 2014.

[11] Entscheid B-8404/2010 des BVGer vom 23. September 2014.

wendung von Amtes wegen und zu den rechtsstaatlich garantierten Verteidigungsrechten.

Die WEKO mag diesen Entscheid im Moment zwar möglicherweise bedauern. Für das Funktionieren der Bonusregelung ist der Entscheid aber von grosser Bedeutung. Denn wäre das Einreichen der Selbstanzeige gleichbedeutend mit einem Schuldeingeständnis, so würde sich in unklaren Fällen wohl manches Unternehmen fragen, ob eine Selbstanzeige gemacht werden soll.

B. Bundesgericht: Hors-Liste-Medikamente (Bundesgericht)

Am 28. Januar 2015 hiess das BGer die vom Eidgenössischen Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung geführten Beschwerden gegen die Entscheide des BVGer i.S. Hors-Liste-Medikamente gut und wies die Sache zur Neubeurteilung an das BVGer zurück[12]. Zum Hintergrund: Die WEKO hatte 2009 vier Hersteller von Medikamenten gebüsst, da diese für ihre Medikamente unverbindliche Preisempfehlungen herausgegeben hatten, die nach Einschätzung der WEKO weitgehend eingehalten worden waren[13]. Das BVGer hatte die Beschwerde der Hersteller gutgeheissen, weil nach seiner Auffassung verschiedene rechtliche und faktische Beschränkungen des Wettbewerbs vorlagen. Diese Beschränkungen hätten einen Preiswettbewerb weitgehend verunmöglicht, weshalb ein Vorbehalt i.S. von Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG bestanden habe und das KG nicht anwendbar gewesen sei.

Das BGer teilt diese Auffassung aus dogmatischen Gründen nicht. Das Kartellgesetz einerseits und die verschiedenen heilmittelrechtlichen Bestimmungen andererseits seien grundsätzlich parallel anwendbar, da sie den Sachverhalt nach unterschiedlichen Gesichtspunkten regeln würden. Die heilmittelrechtlichen Bestimmungen dienten in erster Linie dem Gesundheitsschutz und hätten nicht zum Ziel, den Wettbewerb ganz oder teilweise auszuschliessen. Deshalb würden sie keine vorbehaltenen Vorschriften i.S. von Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG darstellen, welche die Anwendbarkeit des KG ausschliessen würden. Ein Vorbehalt i.S. von Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG könne sich auch nicht aus faktischen Gegebenheiten ergeben, wie etwa dem Umstand, dass ein Preiswettbewerb wegen der Verschreibungspflicht der Medikamente oder dem Verhalten der Patienten kaum stattfinde. Das KG sei anwendbar und das BVGer müsse den Fall somit materiell beurteilen.

Der Entscheid des BGer ist überzeugend begründet. Er bestätigt, dass Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG die Anwendbarkeit des KG nur dann ausschliesst, wenn der Gesetzgeber mittels anderer Normen das Wettbewerbsprinzip ganz oder teilweise durch eine andere Ordnung ersetzt hat. Verfolgen die zur Diskussion stehenden Normen aber einen anderen Zweck als den Ausschluss oder die Beschränkung des Wettbewerbs, so bleibt das KG anwendbar, auch wenn diese Normen gewissermassen als Reflexwirkung den Wettbewerb beschränken. Dies bedeutet aber freilich nicht, dass die Auswirkungen des Heilmittelrechts und der tatsächlichen Umstände für die kartellrechtliche Beurteilung irrelevant sind. Das BGer hielt lediglich fest, dass diese Auswirkungen erst im Rahmen der materiellen Prüfung gemäss Art. 5 ff. KG zu prüfen seien. Bei dieser Prüfung ist dann aber sehr wohl relevant, ob und in welchem Umfang das regulatorische Umfeld und die faktischen Gegebenheiten einen Preiswettbewerb überhaupt zulassen. Kommt man dabei zum Schluss, dass aufgrund der regulatorischen Rahmenordnung, dem Verhalten der Ärzte und dem Verhalten der Patienten praktisch kein Preiswettbewerb stattfindet, dann gibt es auch nichts, das erheblich beschränkt werden könnte. Das BVGer muss dazu nochmals einen – nun dogmatisch korrekt begründeten – Entscheid fällen. Da es in seinem ersten Entscheid bereits zum Schluss gekommen war, dass kein Preiswettbewerb bestehe, müsste es konsequenterweise die Beschwerden der Hersteller wiederum gutheissen, jedoch mit einer anderen Begründung: Der nicht (oder kaum) bestehende Preiswettbewerb konnte durch die unverbindliche Preisempfehlung der Hersteller nicht erheblich beschränkt werden.

V. Ausblick

Gegen zwei der Entscheide des BVGer i.S. Fensterbeschläge hat die WEKO bzw. das zuständige Departement beim BGer Beschwerde erhoben. Damit sind neben Gaba/Elmex zwei weitere Entscheide beim BGer hängig, in denen es u.a. um die Frage der Per-se-Erheblichkeit geht. Es ist zu hoffen, dass diese Entscheide in Kürze ergehen, damit diese für die weitere Rechtsentwicklung zentrale Frage endlich höchstrichterlich geklärt ist.

Am 1. Dezember 2014 ist das Abkommen zwischen der Schweiz und der EU über die Zusammenarbeit bei der Anwendung ihrer Wettbewerbsrechte in Kraft getreten[14]. Das

[12] Entscheide 2C-73/2014, 2C-75/2014, 2C-77/2014, 2C-80/2014, 2C-79/2014 des BGer vom 28. Januar 2015.

[13] RPW *2010* 649 ff.

[14] SR 0.251.268.1.

Abkommen gibt der WEKO und der Generaldirektion Wettbewerb der Europäischen Kommission die Möglichkeit, sich gegenseitig über Vollzugsmassnahmen zu informieren, diese zu koordinieren und Informationen auszutauschen. Insbesondere die WEKO verspricht sich davon bei Verfahren mit internationalen Bezügen deutliche Verfahrenserleichterungen. Ob und in welcher Form dies der Fall sein wird, werden erst die kommenden Jahre zeigen.

Nachdem die 2012 angestossene Revision des Kartellgesetzes im vergangenen September endgültig Schiffbruch erlitten hatte, hätte man eigentlich erwartet, dass das Thema damit für längere Zeit vom Tisch sei. Ständerat Hans Altherr hat aber bereits am 25. September 2014 eine neue parlamentarische Initiative gegen «Überhöhte Importpreise. Aufhebung des Beschaffungszwangs im Inland»[15] eingereicht, mit der wiederum eine Revision des KG ausgelöst werden soll. Ziel der Initiative ist erneut die Bekämpfung der «Hochpreisinsel Schweiz». Der Revisionsvorschlag versucht, den Grundgedanken des in der letzten Revision gescheiterten Art. 7a KG doch noch umzusetzen. Der Weg ist aber ein ganz anderer: Während mit dem Art. 7a KG ein konkreter neuer Missbrauchstatbestand geschaffen werden sollte, soll gemäss der Initiative Altherr der Geltungsbereich des Art. 7 KG generell ausgeweitet werden und neu auch die sog. relativ marktmächtigen Unternehmen erfassen. Als relativ marktmächtig sollen sämtliche Anbieter und Nachfrager gelten, von denen andere Unternehmen in einer Weise abhängig sind, sodass sie über keine ausreichenden und zumutbaren Ausweichmöglichkeiten verfügen. Für die relativ marktmächtigen Unternehmen sollen neu ebenfalls die Verhaltensregeln von Art. 7 KG und bei Verletzung dieser Verhaltensregeln das Bussenregime von Art. 49a Abs. 1 KG gelten. Deshalb geht der neue Revisionsvorschlag deutlich weiter als der gescheiterte Art. 7a KG. Es bleibt abzuwarten, ob dieser Vorschlag politische Unterstützung finden wird.

[15] Geschäfts-Nr. 14.449.