



von Daniel Zimmerli
Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt
Telefon +41 58 658 55 33
daniel.zimmerli@walderwyss.com

„Gaba“: Zentraler Entscheid des Bundesgerichts zur „per se“-Erheblichkeit von Wettbewerbsabreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG

Mit Urteil vom 26. Juni 2016 entschied das Bundesgericht den seit langer Zeit hängigen Streit im Zusammenhang mit Parallelimporten von Zahnpasta der Marke „Elmex“ in die Schweiz. Am 21. April 2017 erschien die Begründung dieses Urteils. Der Fall ist von zentraler Bedeutung für die Auslegung des schweizerischen Kartellgesetzes (**KG**; SR 251), und zwar nicht nur im Bereich des absoluten Gebietsschutzes (Art. 5 Abs. 4 KG), sondern für alle Wettbewerbsabreden, die unter Art. 5 Abs. 3 und 4 KG fallen.

Sachverhalt

Die Gaba International AG (**Gaba**; heute Colgate Palmolive) unterhielt mit der Gebro Pharma GmbH in Österreich (**Gebro**) einen Lizenzvertrag über Herstellung und Vertrieb u.a. von Elmex. Dieser Vertrag untersagte es Gebro, Elmex direkt und indirekt ausserhalb ihres Vertragsgebiets (Österreich) zu vertreiben; davon war auch die Schweiz betroffen. Die Wettbewerbskommission (**WEKO**), das Bundesverwaltungsgericht und jetzt auch das Bundesgericht erblicken darin eine unzulässige Unterbindung von Parallelimporten in die Schweiz bzw. einen absoluten Gebietsschutz, der gegen Art. 5 Abs. 4 KG verstösst. Gaba und Gebro wurden zu Bussen (Art. 49a Abs. 1 KG) verurteilt.

Weiter Geltungsbereich des KG

Laut Bundesgericht ist das KG anwendbar auf Wettbewerbsabreden, die sich auf den Wettbewerb in der Schweiz auswirken *können*, selbst wenn sie im Ausland stattfinden. Die blosser Möglichkeit einer Wettbewerbsbeeinträchtigung genügt, um einen Auslandssachverhalt dem räumlichen Geltungsbereich des KG (Art. 2 Abs. 2 KG) zu unterstellen. Die Intensität der möglichen Beeinträchtigung ist hier nicht relevant. Somit erfasst das KG grundsätzlich jede Wettbewerbsabrede – wo immer sie getroffen wird und wie unbedeutend ihre Wirkungen auf den Wettbewerb in der Schweiz auch sein mag –, sofern sie das Potential hat, sich auf den Wettbewerb in der Schweiz auszuwirken.

„Per se“-Erheblichkeit von Abreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG

Die fragliche Klausel im Vertrag zwischen Gaba und Gebro hatte den wirksamen Wettbewerb auf dem relevanten Markt nicht beseitigt. Laut Bundesgericht beeinträchtigen Wettbewerbsabreden über absoluten Gebietsschutz nach Art. 5 Abs. 4 KG den Wettbewerb allerdings in jedem Fall und bereits aufgrund ihres Typs (oder „Gegenstands“) erheblich im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG, selbst wenn die Beseitigungsvermutung widerlegt wurde.

Das Bundesgericht will seine Auslegung der „Erheblichkeit“ aber nicht nur auf Abreden über absoluten Gebietsschutz („Gebietsabschottungen“) angewendet wissen, sondern auf sämtliche Abreden, die von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG erfasst werden (also: auf *horizontale Abreden* zwischen Konkurrenten über Preise, Mengen und über die Aufteilung von Gebieten und Kunden sowie auf *vertikale Abreden* über die Preisbindung zweiter Hand und über absoluten Gebietsschutz).

Die „Erheblichkeit“ gemäss Art. 5 Abs. 1 KG ist laut Bundesgericht eine „Bagatellklausel“. Wann jedoch ein solcher „Bagatellfall“ bei Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG vorliegt, ist bei der Begründung des Bundesgerichts nur schwer vorstellbar. Denn das Bundesgericht hält Wettbewerbsabreden zu Gegenständen nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG eben bereits wegen ihres Typs für besonders schädlich. Solche Abreden beeinträchtigen den Wettbewerb allein aus *qualitativen* Gründen erheblich. Quantitative Elemente (Marktanteile; bei Vertikalabreden zudem allfälliger Interbrand-Wettbewerb) sollen in den Hintergrund treten.

Auch nicht relevant ist für das Bundesgericht, ob Abreden zu Gegenständen nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG den Wettbewerb tatsächlich beeinträchtigen (d.h. ob sie umgesetzt wurden und welche ihre effektiven Wirkungen auf den Wettbewerb sind). Der Wettbewerb ist bereits dann erheblich beeinträchtigt, wenn die *blasse Möglichkeit* besteht, dass sich die Abrede auf den Wettbewerb in der Schweiz auswirken könnte. Nach Auffassung des Bundesgerichts indiziert der Typ der Abrede dieses Potential.

Das Bundesgericht formuliert somit für Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG eine „*per se*“-Erheblichkeit. Solche Abreden sind deshalb nur dann nicht widerrechtlich, wenn sie aus Gründen der ökonomischen Effizienz (Art. 5 Abs. 2 KG) gerechtfertigt werden können. Dieser Effizienzbeweis gelingt indessen lediglich unter strengen Voraussetzungen und nur selten.

All diese Grundsätze sind laut Bundesgericht auch beachtlich, wenn ein Vertriebsvertrag – wie im vorliegenden Fall – als Lizenzvertrag (allenfalls mit Elementen einer Technologietransfer-Vereinbarung) ausgestaltet ist. Das Bundesgericht hält jede „Abschottung“ des Schweizer Marktes über absoluten Gebietsschutz für prinzipiell unzulässig.

Eher verwirrt sind indessen die Ausführungen des Bundesgerichts zur rechtsvergleichenden Bedeutung des Kartellrechts der Europäischen Union (**EU**): Um das Konzept der „*per se*“-Erheblichkeit zu begründen, zieht das Bundesgericht zwar Prinzipien des EU-Kartellrechts heran. Gleichzeitig weist es aber darauf hin, die sog. Gruppenfreistellungsverordnungen (**GVO**) der EU (z.B. über Technologietransfer-Vereinbarungen, aber wohl auch über Forschungs- und Entwicklungs- sowie Spezialisierungsvereinbarungen) seien in der Schweiz nicht anwendbar.

Direkte Sanktionierbarkeit trotz Widerlegung der Beseitigungsvermutung

Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG, die den Wettbewerb bereits aus qualitativen Gründen erheblich beeinträchtigen, lösen

Bussen aus (Art. 49a Abs. 1 KG). Dies auch dann, wenn zwar die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung widerlegt werden kann, der Nachweis ökonomischer Rechtsfertigungsgründe (Art. 5 Abs. 2 KG) aber misslingt. Auch diese Frage war lange umstritten.

Weit reichende Konsequenzen dieses Urteils für Unternehmen

Unternehmen sind spätestens von jetzt an gut beraten, vertikale Abreden über absoluten Gebietsschutz oder Preisbindungen zweiter Hand (Art. 5 Abs. 4 KG) sowie horizontale Abreden über Preise, Mengen und die Aufteilung von Gebieten und Kunden (Art. 5 Abs. 3 KG) mit potentiellen Wirkungen in der Schweiz strikt zu vermeiden. Sie dürfen insbesondere nicht darauf vertrauen, solche Abreden seien z.B. wegen des allenfalls geringen Marktanteils der Abredeteilnehmer oder wegen Interbrand-Wettbewerbs quantitativ unproblematisch. Das quantitative Element, also die effektive Wirkung auf den Wettbewerb, dürfte bei solchen Abreden nunmehr irrelevant sein.

Im Zusammenhang mit Verträgen, welche Vertriebs Elemente enthalten (also nicht nur Alleinvertriebs- und selektive Vertriebsverträge, sondern z.B. auch Lizenz- und Technologietransfer-Vereinbarungen mit Vertriebsregeln), ist fortan noch grössere Vorsicht geboten. Im Lichte des „Gaba“-Falles muss bei solchen Verträgen u.a. genau darauf geachtet werden, dass Parallelimporte und mindestens Passivverkäufe in die Schweiz möglich bleiben. Die Schweiz muss als Vertriebsland mindestens gleich wie die

Walder Wyss AG
Rechtsanwälte

Telefon + 41 58 658 58 58
Fax + 41 58 658 59 59
reception@walderwyss.com
www.walderwyss.com

EU oder der Europäische Wirtschaftsraum (**EWR**) behandelt werden; dies ist bei Verträgen, die im Ausland abgeschlossen werden und die sich primär am EU-Kartellrecht orientieren, gelegentlich nicht der Fall. Sodann muss grundsätzlich sichergestellt werden, dass Vertriebshändler in der Schweiz die Vertragswaren auch aus Quellen ausserhalb der Schweiz, ja sogar ausserhalb der EU oder des EWR beziehen können. Viele Alleinbezugspflichten dürften nach diesem Urteil – mindestens potentiell – auch eine „Gebietsabschottung“ der Schweiz bewirken können. Bestehende Vertriebsverträge, welche die Schweiz betreffen könnten, sollten deshalb dringend auf ihre Vereinbarkeit mit dem schweizerischen KG überprüft werden.

Weil das Bundesgericht die „*per se*“-Erheblichkeit auch auf horizontale Abreden nach Art. 5 Abs. 3 KG angewendet wissen will, ist nicht klar, wie sich dieser Entscheid z.B. auf Einkaufsgemeinschaften, Produktions-Joint-Ventures und gewisse „Pools“ auswirken wird. Wird das Gaba-Urteil zum Nennwert genommen, sind solche horizontalen Kooperationen strikt nur noch dann rechtmässig, wenn sie sich aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz (Art. 5 Abs. 2 KG) rechtfertigen lassen. Erheblich sind sie im Lichte des „Gaba“-Urteils allemal, und zwar allein aus qualitativen Gründen.

Die rechtsvergleichenden Ausführungen des Bundesgerichts dürften die Vertragsredaktion zusätzlich anspruchsvoll machen. Wie erwähnt, gelten die europäischen GVO laut Bundesgericht in der Schweiz „nicht“. Dies dürfte praktisch fol-

gendes bedeuten: Selbst wenn bei der Vertragsredaktion die einschlägigen GVO beachtet werden und ein solcher Vertrag EU-rechtskonform ist, besteht keine Gewähr, dass er automatisch auch nach schweizerischem KG unproblematisch ist. Die bisherige Daumenregel für Vertriebsverträge „was nach EU-Kartellrecht erlaubt ist, ist auch nach schweizerischem KG zulässig“, scheint deshalb nur noch beschränkt zu gelten.