

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 2016 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 kürzlich 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 WEKO hat sich im vergangenen Jahr nicht verändert. Mit der Revision des Geschäftsreglements der WEKO³ Ende 2015 wurden aber neben dem Gesamtgremium zwei Kammern geschaffen: eine Kammer für Unternehmenszusammenschlüsse, die in Schlussverfahren Entscheide innerhalb der kurzen gesetzlichen Fristen erleichtern soll. Und eine Kammer für Teilverfügungen, die in einem Verfahren gegenüber einem Teil der Parteien die Einstellung verfügen oder eine einvernehmliche Regelung genehmigen kann. Der Kammer für Unternehmenszusammenschlüsse gehören an: Vincent Martenet (Vorsitz), Andreas Heinemann und Armin Schmutzler. Die Kammer für Teilverfügungen besteht aus: Vincent Martenet (Vorsitz), Andreas Kellerhals und Daniel Lampart.

Im Sekretariat der WEKO wurden Niklaus Wallimann zum neuen Chefökonom und Stefan Renfer zum neuen Leiter Binnenmarkt ernannt. Der Personalbestand des Se-

ekretariats ist im Vergleich zum Vorjahr zurückgegangen und umfasste Ende 2016 insgesamt 62,7 Vollzeitstellen (Vorjahr 66,7).

Im Jahr 2016 wurden insgesamt 32 Untersuchungen geführt (Vorjahr 30). Der grösste Teil der Untersuchungen wurde aus dem Vorjahr übernommen (22) oder ergab sich aus der Aufteilung laufender Untersuchungen in mehrere Verfahren (6). Zu neuen Sachverhalten wurden lediglich vier Untersuchungen eröffnet⁴. Weiterhin rückläufig ist mit 14 die Anzahl der geführten Vorabklärungen (Vorjahr 18). Abgeschlossen wurden im vergangenen Jahr neun Untersuchungen und sechs Vorabklärungen. Der Trend, dass immer mehr Untersuchungen mit einer einvernehmlichen Regelung abgeschlossen werden, setzt sich fort: Von den neun abgeschlossenen Untersuchungen enthielten sechs eine einvernehmliche Regelung. Die Anzahl der von der WEKO zu beurteilenden Unternehmenszusammenschlüsse lag mit 22 unter dem Niveau des Vorjahres (29). Nochmals deutlich gestiegen ist dagegen die Anzahl der WEKO-Entscheide, die bei den Rechtsmittelinstanzen hängig sind (39; Vorjahr 24). Mittlerweile muss man von einem eigentlichen Stau bei den Rechtsmittelinstanzen (insb. beim Bundesverwaltungsgericht) sprechen. Dies ist nicht nur für die betroffenen Unternehmen und die WEKO unerfreulich, die regelmässig mehrere Jahre auf einen Entscheid der Rechtsmittelinstanzen warten müssen. Die schleppende Praxis behindert auch die Fortentwicklung des Kartellrechts in der Schweiz, da wichtige Fragen der Rechtsanwendung nach wie vor offen sind.

III. Wichtige Entscheide der WEKO

A. GE Healthcare

Mit Entscheid vom 23. Mai 2016 erliess die WEKO eine Verfügung⁵, mit der sie eine einvernehmliche Regelung mit

¹ SJZ 112 (2016) 230 ff.; SJZ 111 (2015) 229 ff.; SJZ 110 (2014) 229 ff.; 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 2016 5.

³ SR 251.1.

⁴ 27.10.2016: Wiedererwägungsgesuch Swatch; 31.5.2016: Husqvarna; 30.3.2016: Naxoo AG; 15.2.2016: Verzinkereien.

⁵ RPW 2016 434 ff.

General Electric Company (GE) genehmigte. Darin verpflichtete sich GE, in Zukunft die Passivverkäufe deutscher Händler an Kunden in der Schweiz nicht mehr zu behindern. Zudem musste GE die bestehenden Verträge mit den deutschen Händlern entsprechend anpassen bzw. präzisieren. Die WEKO war in der Untersuchung zum Schluss gekommen, dass die deutsche Tochtergesellschaft von GE die Händler in Deutschland daran gehindert hatte, GE-Ultraschallgeräte an Kunden in der Schweiz zu verkaufen, auch wenn sich die Kunden von sich aus an die deutschen Händler gewandt hatten (sog. Passivverkäufe). Da dem Entscheid eine einvernehmliche Regelung zugrunde lag, wurde er nur kurz begründet. Deshalb sind aus der publizierten Version nicht alle Aspekte des Falles ersichtlich. Erwähnenswert sind immerhin die folgenden:

Der Entscheid bestätigt einmal mehr die strenge Praxis der WEKO, wonach eine Behinderung von Parallelimporten in der Schweiz praktisch immer als schwerwiegender Kartellrechtsverstoss i.S. von Art. 5 Abs. 4 KG gilt. Zwar kann die von Art. 5 Abs. 4 KG aufgestellte Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung häufig – so auch im vorliegenden Fall – widerlegt werden. Die WEKO stuft eine Behinderung von Parallelimporten aber regelmässig als erhebliche Wettbewerbsbeschränkung ein, wofür sie sich nun auch auf das Bundesgericht stützen kann (vgl. dazu hinten Abschnitt IV.B). Daran ändert auch der Umstand nichts, dass sich die relevanten Klauseln in Vertriebsverträgen befanden, die zwischen deutschen Unternehmen abgeschlossen worden waren (d.h. zwischen der deutschen Tochtergesellschaft von GE einerseits und den deutschen Händlern andererseits). Die WEKO verweist dazu auf das in Art. 2 Abs. 2 KG statuierte Auswirkungsprinzip. Danach komme es nicht darauf an, wo eine Wettbewerbsbeschränkung veranlasst werde. Massgebend sei vielmehr, ob sich die Wettbewerbsbeschränkung auf dem schweizerischen Markt auswirke. Dies sei vorliegend der Fall, da die von GE mit den deutschen Händlern getroffenen Wettbewerbsabreden Parallelimporte in die Schweiz behindert hätten.

Interessant ist der Fall auch, weil die WEKO gegenüber GE keine Busse i.S. von Art. 49a Abs. 1 KG verhängte. Der Grund für den Bussenverzicht lag in der Selbstanzeige, die GE eingereicht hatte. Bekanntlich sieht Art. 49a Abs. 2 KG einen solchen Bussenverzicht vor, wenn das Unternehmen an der Aufdeckung der Wettbewerbsbeschränkung mitgewirkt hat. Die Sanktionsverordnung (SVKG)⁶ stellt in Art. 8 SVKG aber verschiedene Voraussetzungen auf, die erfüllt

sein müssen, damit einem Unternehmen die Sanktion vollständig erlassen werden kann. So darf das Unternehmen im Zusammenhang mit der Wettbewerbsbeschränkung weder eine anstiftende noch eine führende Rolle eingenommen haben und auch nicht andere Unternehmen zur Teilnahme gezwungen haben⁷. Es überrascht, dass sich die WEKO – zumindest in der publizierten Version des Entscheides – nicht näher mit dieser Voraussetzung auseinandersetzt. Denn bei der vorliegenden Konstellation kommt dem Hersteller/Lieferanten (konkret GE) wohl immer eine führende Rolle zu, wenn er den ausländischen Händlern untersagt, Kunden in der Schweiz zu beliefern. Es scheint, dass die WEKO diese Einschränkung restriktiv anwendet, um den Anreiz für Selbstanzeigen hochzuhalten⁸. Denn müsste ein Unternehmen, das im Zusammenhang mit einer Wettbewerbsabrede eine aktive Rolle gespielt hat, damit rechnen, dass es nicht für einen vollständigen Sanktionserlass qualifiziert, würde es möglicherweise auf eine Selbstanzeige verzichten.

B. Saiteninstrumente

Mit Verfügung vom 29. Juni 2015 genehmigte die WEKO eine einvernehmliche Regelung mit dem Unternehmen Musik Olar und auferlegte diesem eine Busse von CHF 65000⁹. Musik Olar war der Generalimporteur verschiedener Saiteninstrumente und vertrieb diese über verschiedene Händler. Dazu veröffentlichte Musik Olar eine Preisliste. Die Untersuchung ergab, dass Musik Olar den Händlern Vorgaben zur maximalen Höhe der Rabatte machte, welche die Händler den Kunden auf den in der Preisliste genannten Preisen gewähren durften. Die WEKO qualifizierte dies als eine unzulässige Preisbindung zweiter Hand i.S. von Art. 5 Abs. 4 KG und verhängte dafür die erwähnte Busse.

Der Entscheid stellt klar, dass eine unzulässige Preisbindung zweiter Hand auch darin bestehen kann, Maximalrabatte vorzugeben. Dies vor allem dann, wenn sich die Maximalrabatte auf eine vom Lieferanten herausgegebene Preisliste beziehen. Denn in Kombination mit der Preisliste führen die Maximalrabatte zur Vorgabe von Mindestpreisen, wofür Art. 5 Abs. 4 KG die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung aufstellt. Interessant ist der Entscheid

⁷ Art. 8 Abs. 2 Bst. a KG.

⁸ Vgl. dazu aber auch den gleich anschliessend kommentierten Entscheid; Abschnitt III.B.

⁹ RPW 2016 722 ff.

⁶ SR 251.5.

auch deshalb, weil er die Wirkungsweise solcher Systeme veranschaulicht: Ausgangspunkt bilden häufig Vorgaben des Lieferanten zu den Wiederverkaufspreisen der Händler. Anschliessend sind es dann aber oft auch die Händler, welche die «Preisüberwachung» übernehmen und vom Lieferanten verlangen, dass er die Preisvorgaben gegenüber allen Händlern durchsetzt.

Erwähnenswert ist dieser Entscheid auch aus sanktionsrechtlicher Sicht. Zunächst fällt auf, dass die WEKO darauf verzichtete, die Untersuchung gegen die Händler zu führen und diese für die Teilnahme an der Wettbewerbsabrede ebenfalls zu sanktionieren. Begründet wurde dies damit, dass hauptsächlich Musik Olar die Wettbewerbsabrede durchgesetzt habe. Daraus sollte aber nicht geschlossen werden, dass die WEKO bei einer vertikalen Preisbindung immer nur gegen den Lieferanten vorgeht. In anderen Fällen hatte die WEKO neben dem Lieferanten auch Händler gebüsst.

Zu Beginn der Untersuchung führte die WEKO bei Musik Olar eine Hausdurchsuchung durch. Noch während der Hausdurchsuchung reichte Musik Olar eine Selbstanzeige ein und kooperierte anschliessend mit der WEKO. Als erstes (und einziges) Unternehmen, das in diesem Verfahren eine Selbstanzeige einreichte, hätte Musik Olar eigentlich Anspruch auf einen vollständigen Erlass der Busse gehabt. In diesem Fall entschied die WEKO aber – anders als im vorne kommentierten Fall GE Healthcare (vgl. Abschnitt III.A) – Musik Olar keinen vollständigen Erlass zu gewähren, da Musik Olar beim Wettbewerbsverstoss eine führende Rolle eingenommen habe (Art. 8 Abs. 2 Bst. a KG). Musik Olar erhielt lediglich eine Reduktion um 50%. Warum die WEKO anders entschied als im Fall GE Healthcare, wird in den beiden Entscheiden nicht erläutert. Die unterschiedliche Behandlung vermag nur beschränkt zu überzeugen, da den Lieferanten wohl in beiden Fällen eine führende Rolle zukam. Ein Grund könnte darin bestanden haben, dass GE Healthcare mit ihrer Selbstanzeige die Untersuchung überhaupt erst ermöglichte, während Musik Olar erst kooperierte, nachdem die Untersuchung bereits eröffnet worden war.

C. Pay-TV

In der Verfügung vom 29. Mai 2016 kam die WEKO zum Schluss, dass die Swisscom zusammen mit ihren Tochtergesellschaften im Bereich Fussball- und Eishockeyübertragungen im Pay-TV über eine marktbeherrschende Stellung verfügte und diese gegenüber anderen TV-Anbietern miss-

braucht hatte¹⁰. Die WEKO auferlegte der Swisscom dafür eine Busse von rund CHF 72 Mio. Hintergrund des Entscheides waren die Übertragungsrechte für verschiedene Sportveranstaltungen, insbesondere die Spiele der Schweizer Fussball- und Eishockeymeisterschaft sowie von gewissen ausländischen Fussballmeisterschaften im Pay-TV. Die zur Swisscom-Gruppe gehörende Cinetrade hatte 2006 und 2011 je für fünf Jahre die Exklusivrechte für die Übertragung dieser Sportinhalte im Schweizer Pay-TV erworben. Als Folge davon verfügte die Swisscom nach Einschätzung der WEKO im Bereich der Übertragung dieser Sportinhalte via Pay-TV über eine marktbeherrschende Stellung. Diese Stellung habe Swisscom nach Auffassung der WEKO missbraucht, weil sie konkurrierenden TV-Plattformen (insb. upc cablecom und anderen Kabelnetzunternehmen) solche Sportinhalte nicht oder nur teilweise zur Verfügung gestellt hatte.

Die umfangreiche Verfügung der WEKO (184 Seiten) enthält zahlreiche lesenswerte Ausführungen zu der noch immer spärlichen Praxis zu Art. 7 KG. Es würde den Rahmen dieser Berichterstattung sprengen, auf alle relevanten Punkte eingehen zu wollen. Insgesamt überzeugt der Entscheid aber insbesondere aus folgenden Gründen nicht: Der Ursprung des von der WEKO identifizierten Problems waren die exklusiven Übertragungsrechte, welche Swisscom (bzw. ihre Tochter Cinetrade) in einem Bieterwettbewerb von den Sportverbänden erworben hatte. Dass das Unternehmen, das in einem Bieterwettbewerb obsiegt, die so erworbenen Exklusivrechte auch als solche nutzt, ist eigentlich selbstverständlich. Wenn darin etwas kartellrechtlich Heikles gesehen werden will, dann ist es wohl eher das Verhalten der Sportverbände, welche die Übertragungsrechte für mehrere Jahre exklusiv an ein Unternehmen vergeben hatten. Richtigerweise hätte deshalb die Vergabepaxis der Verbände und nicht das Verhalten des letztlich obsiegenden Bieters untersucht werden müssen.

Nach der WEKO bestand das Problem des Rechterwerbs durch Swisscom vor allem darin, dass die Rechte für fünf und nicht – wie in Europa offenbar üblich – für drei Jahre vergeben worden waren. Aus den Ausführungen der WEKO entsteht zumindest der Eindruck, dass ein kartellrechtswidriges Verhalten von Swisscom wohl zu verneinen gewesen wäre, wenn die Vergabe nur drei Jahre umfasst hätte. Somit war der vorgeworfene Kartellrechtsverstoss eine Folge der von den Sportverbänden definierten Verga-

¹⁰ RPW 2016 920 ff.

bedauer. Es geht sehr weit, vom Zuschlagsempfänger gewissermassen zu verlangen, diesen Fehler der Sportverbände zu korrigieren, indem er auf sein Exklusivrecht verzichtet und seinen Konkurrenten die Sportinhalte ebenfalls zur Verfügung stellt.

Besonders stossend erscheinen vor diesem Hintergrund die Tatsache und die Höhe der Sanktion. Wie die WEKO selber festhält, gab es bis zu diesem Entscheid in der Schweiz keine Praxis zur Frage, wie lange solche Übertragungsrechte exklusiv vergeben bzw. erworben werden dürfen. Nach Auffassung der WEKO hätte die Swisscom aber erkennen müssen, dass sich die WEKO an der europäischen Praxis orientieren könnte, welche eine Dauer von drei Jahren als zulässig erachte. Im Bereich des Sanktionsrechts von den Rechtsunterworfenen zu verlangen, sich im Ausland umzusehen, um abschätzen zu können, was vielleicht auch in der Schweiz strafbar sein könnte, ist nicht haltbar. Einerseits ist es die Pflicht des inländischen Gesetzgebers sowie der schweizerischen Behörden und Gerichte, Tatbestände, welche zu Strafen im Rechtssinne führen, so zu konkretisieren, dass die Rechtsunterworfenen verlässlich erkennen können, welches Verhalten unzulässig ist. Andererseits dürfte auch zu dieser Frage die ausländische Praxis keineswegs einheitlich sein. Muss sich somit das in der Schweiz tätige Unternehmen immer an der strengsten ausländischen Praxis orientieren, um sich später nicht vorwerfen lassen zu müssen, es hätte erkennen können, dass die WEKO diese Praxis übernimmt? Und schliesslich muss man sich auch fragen, ob die von der WEKO zitierte europäische Praxis wirklich einschlägig ist, sind doch die in diesen Entscheiden diskutierten Ligen (UEFA Champions League, englische Premier League und deutsche Fussball-Bundesliga) hinsichtlich Attraktivität und Zuschauerinteresse kaum mit dem schweizerischen Fussball oder Eishockey vergleichbar.

Wenn die WEKO tatsächlich der Auffassung ist, dass eine fünfjährige Vergabe der Übertragungsrechte kartellrechtlich kritisch ist, so hätte sie dies im Entscheid festhalten und z.B. die Sportverbände verpflichten können, die Rechte in Zukunft nur noch für maximal drei Jahre zu vergeben. Ab dann hätte auch in der Schweiz eine Praxis existiert, an der sich die Unternehmen hätten orientieren können. Ohne eine solche Praxis eine Busse von rund CHF 72 Mio. zu verhängen, ist weder mit dem Legalitätsprinzip noch dem Verhältnismässigkeitsprinzip zu vereinbaren und verstösst mit Blick auf die strafrechtliche Natur der Sanktion auch gegen die rechtsstaatlichen Prinzipien der Strafzumessung.

IV. Entscheide der Rechtsmittelinstanzen

A. Bundesverwaltungsgericht und Bundesgericht: Publikation von Entscheiden/Zugang zu Verfahrensakten

Seit Jahren führt die Frage, ob, wann und in welcher Form die WEKO ihre Entscheide publiziert, zu Kontroversen zwischen den betroffenen Unternehmen und der WEKO. Aus naheliegenden Gründen würden es die Unternehmen, für welche die WEKO ein kartellrechtswidriges Verhalten festgestellt hat, vorziehen, wenn der WEKO-Entscheid gar nicht publiziert würde.

Im Fall **Nikon**¹¹ hatte sich nun erstmals das Bundesgericht zur Frage der Publikation zu äussern. Nikon hatte insbesondere verlangt, dass die E-Mail-Korrespondenz, welche die WEKO in ihrem Entscheid als Nachweis für die Behinderung von Parallelimporten wiedergab, nicht publiziert werden dürfe. Das Bundesgericht wägte die verschiedenen Interessen gegeneinander ab und kam zum Schluss, dass das Interesse an der Publikation überwiege.

Das Bundesgericht war insbesondere der Auffassung, dass ein wichtiges öffentliches Interesse bestand, aus den Entscheiden der WEKO nachvollziehen zu können, worin genau der Kartellrechtsverstoss bestand. Dies sei für die Bildung einer transparenten und vorhersehbaren Praxis wichtig. Das Interesse des Unternehmens, negative Publizität zu vermeiden, habe in diesem Fall zurückzustehen. Von der Publikation ausgeschlossen seien nur eigentliche Geschäftsgeheimnisse des Unternehmens. Das kartellrechtswidrige Verhalten und die Dokumente, die dies belegen würden, seien aber keine Geschäftsgeheimnisse des Unternehmens.

Das Bundesgericht hat mit diesem Entscheid klar Stellung zugunsten der Publikation bezogen. Noch offen ist die Frage, ob diese weitreichende Publikationspraxis auch dann gelten soll, wenn Unternehmen involviert sind, die Selbstanzeigen eingereicht haben und gegenüber denen zivilrechtliche Schadenersatzprozesse drohen. Erfolgt auch in diesem Fall eine Publikation, so ist damit die Gefahr verbunden, dass das Institut der Selbstanzeige (Bonusregelung) an Attraktivität verliert.

In mehreren Urteilen zum Entscheid **Strassen- und Tiefbau Kanton Zürich** der WEKO hatte sich das Bundesverwaltungsgericht mit einer verwandten Fragestellung zu

¹¹ RPW 2016 622 ff.

beschäftigen¹². Die WEKO war in ihrer Verfügung vom 22. April 2013 zum Schluss gekommen, dass mehrere Unternehmen im Zusammenhang mit Bauprojekten Submissionsabsprachen getroffen hatten. Die publizierte Version des Entscheides der WEKO war aber soweit anonymisiert worden, dass nicht mehr nachvollziehbar war, welche konkreten Bauprojekte von den Absprachen tangiert waren¹³. Von den Absprachen potenziell betroffene Gemeinden verlangten deshalb bei der WEKO Zugang zu Verfahrensakten, um allfällige Schadenersatzansprüche prüfen zu können. Die WEKO gewährte diesen Zugang jeder Gemeinde nur in Bezug auf jene Projekte, die sie direkt betraf, und nur dann, wenn das Projekt nicht Gegenstand einer Selbstanzeige gewesen war. Das Bundesverwaltungsgericht schützte dieses Vorgehen der WEKO. Nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts könne mit diesem Vorgehen eine Balance zwischen den Interessen der Kartellopfer einerseits und dem Funktionieren der Bonusregelung andererseits gefunden werden.

Es ist allerdings nicht klar, ob dieser Entscheid auf alle Kartellverfahren übertragen werden kann, legte doch das Bundesverwaltungsgericht besonderes Gewicht auf den Umstand, dass die Gemeinden mit ihrem Einsichtsgesuch öffentliche Interessen verfolgten. Für die WEKO wird es aber ohnehin eine recht anspruchsvolle Aufgabe sein, zu beurteilen, welche Informationen bekannt gegeben werden dürfen, wenn Selbstanzeigen vorliegen. Denn häufig werden sich die Informationen in den Selbstanzeigen zumindest teilweise auch in anderen Beweismitteln wiederfinden, z.B. in den von der WEKO im Rahmen einer Hausdurchsuchung beschlagnahmten Unterlagen. Dann kann sich die Frage stellen, ob die Wettbewerbsabrede tatsächlich als Folge der Selbstanzeige ans Licht kam oder ob sie sich bereits aus anderen Beweismitteln ergab. Tendenziell sollte aber auch in solchen Fällen nur zurückhaltend Einsicht gewährt werden, will man das Institut der Selbstanzeige nicht gefährden.

B. Bundesgericht: Gaba/Elmex

Am 28. Juni 2016 hat das Bundesgericht den lange erwarteten Entscheid i.S. Gaba/Elmex gefällt. Es handelt sich um einen eigentlichen Leitentscheid, hat er doch zwei während Jahren umstrittene Fragen höchstrichterlich geklärt.

Die Entscheidungsbegründung ist noch nicht publiziert, weshalb sich die nachfolgenden Ausführungen auf die aus der Medienmitteilung des Bundesgerichts bekannten Punkte beschränken müssen.

Zunächst ist dieser Entscheid ein Beispiel für den einleitend beschriebenen Stau bei den Rechtsmittelinstanzen: Die Verfügung der WEKO, mit welcher der Herstellerin der Elmex Zahnpasta (Gaba) eine Busse von rund CHF 4,8 Mio. auferlegt wurde, erging im November 2009. Rund vier Jahre dauerte es, bis das Bundesverwaltungsgericht dazu einen Entscheid fällte (Dezember 2013), und nochmals zweieinhalb Jahre, bis schliesslich der Entscheid des Bundesgerichts vorlag. Berücksichtigt man weiter, dass das WEKO-Verfahren mit dem Eröffnen der Vorabklärung im Mai 2006 begonnen hatte, so vergingen zehn Jahre, bis dieser Fall höchstrichterlich beurteilt war.

Hintergrund des Entscheids bildet die Verfügung, mit welcher 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 hatte. Gebro stellte in Österreich die Zahnpasta Elmex als Lizenznehmerin von Gaba her. Im Lizenzvertrag aus dem Jahre 1982 hatte sich Gebro verpflichtet, die in Lizenz hergestellte Elmex ausschliesslich in Österreich zu vertreiben und nicht in andere Länder zu exportieren. Die WEKO und auch das Bundesverwaltungsgericht qualifizierten dieses Exportverbot als unzulässigen absoluten Gebietsschutz i.S. von Art. 5 Abs. 4 KG. Das Bundesgericht hat die Auffassung der Vorinstanzen jetzt bestätigt.

Umstritten war seit Jahren, welche Bedeutung dem Kriterium der Erheblichkeit zukommt, wenn eine Abrede i.S. von Art. 5 Abs. 4 KG vorliegt (Preisbindung zweiter Hand; absoluter Gebietsschutz). Das Gesetz vermutet, dass diese Abredetypen – wie auch die Abreden nach Art. 5 Abs. 3 KG – den Wettbewerb beseitigen. Diese Vermutung kann in der Praxis häufig durch den Nachweis ausreichenden Innen- und/oder Aussenwettbewerbs widerlegt werden. Gelingt dies, so stellt sich die Frage, ob diese Abrede *in jedem Fall* eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung i.S. von Art. 5 Abs. 1 KG bewirkt oder ob die WEKO nachweisen muss, dass von der Abrede *tatsächlich* derart starke Wirkungen ausgehen, dass der Wettbewerb erheblich beeinträchtigt ist. Das Bundesgericht hat sich der Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts angeschlossen, wonach der konkrete Nachweis von Auswirkungen nicht notwendig sei, weil diese Abredetypen mit Ausnahme von Bagatellfällen immer eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung darstellen würden. Für die Abreden von Art. 5 Abs. 4

¹² Urteile vom 23.8.2016 A-6334/2014, A-6320/2014 und A-6315/2014.

¹³ Vgl. RPW 2013 524 ff.

KG – und wohl auch für jene gemäss Art. 5 Abs. 3 KG – statuiert das Bundesgericht somit eine «Per-se-Erheblichkeit». Folglich sind solche Abreden praktisch immer unzulässig, es sei denn, sie können durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden, was in der Praxis bisher kaum je gelang.

Gleichzeitig hat das Bundesgericht mit diesem Entscheid auch das Sanktionsregime von Art. 49a Abs. 1 KG verschärft. Zu entscheiden war, ob eine Busse auch in jenen Fällen verhängt werden kann, in denen ein Abredetyp gemäss Art. 5 Abs. 4 KG zu beurteilen ist und die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung zwar widerlegt werden kann, die verbleibende Wettbewerbsbeschränkung aber als erheblich qualifiziert wird. Das Bundesgericht bejahte auch dies, was impliziert, dass für Abreden gemäss Art. 5 Abs. 4 KG – und wohl auch gemäss Art. 5 Abs. 3 KG – in Zukunft praktisch immer Bussen verhängt werden sollen.

Bundesgericht und Bundesverwaltungsgericht haben damit auf dem Wege der Rechtsprechung das Kartellrecht deutlich verschärft. Der Entscheid ist vor allem deshalb überraschend, weil genau eine solche Verschärfung Bestandteil der geplanten Kartellgesetzrevision von 2014 war, die im Parlament aber keine Mehrheit fand. Nachdem diese Streitfragen nun vom Bundesgericht so entschieden worden sind, wird es in Zukunft umso wichtiger sein, den Begriff der Wettbewerbsabrede (Art. 4 Abs. 1 KG) und die Vermutungstatbestände von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG restrikt-

tiver als bisher auszulegen. Anderenfalls läuft man Gefahr, den Willen des Gesetzgebers, wonach nur die besonders schwerwiegenden Verstösse mit Bussen sanktioniert werden sollen, gänzlich auszublenden.

V. Weitere Entwicklungen und Ausblick

Auch im nächsten Jahr dürfte uns das Thema Kartellgesetzrevision beschäftigen.

Einerseits sind verschiedene Bestrebungen im Gang, um eine «kleine Kartellgesetzrevision» durchzuführen, mit der die wenig umstrittenen Teile des letzten Revisionsprojekts realisiert werden sollen. Im Mittelpunkt stehen dabei eine Anpassung der Zusammenschlusskontrolle (Ablösung des geltenden Marktbeherrschungs-Tests durch den sog. SIEC-Test) und eine Verbesserung des Widerspruchsverfahrens gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG, das aufgrund der restriktiven Behörden- und Gerichtspraxis praktisch bedeutungslos geworden ist.

Andererseits bleibt auch das Thema «Hochpreisinsel Schweiz» im Zusammenhang mit dem KG aktuell, da sowohl die parlamentarische Initiative Hans Alther als auch die im vergangenen September lancierte «Fair-Preis-Initiative» darauf abzielen, mithilfe des KG zu versuchen, die Preisdifferenzen zwischen In- und Ausland zu bekämpfen.