

Arbeitsrecht
Bankenrecht
Bau- & Immobilienrecht
<b>Compliance</b>
Energierrecht
Erbrecht & Nachlassplanung
Finanzierungen
Gesellschafts- & Handelsrecht
Immaterialgüterrecht
Kapitalmarkt & Börsenrecht
Kollektive Kapitalanlagen
Medienrecht
Mergers & Acquisitions
Notariat
Payments Clearing & Settlement
Pharmarecht & Gesundheitsrecht
Prozessführung & Schiedsgerichtsbarkeit
Restrukturierung & Insolvenz
Steuerrecht
Technologierecht (IT)
Venture Capital & Private Equity
<b>Wettbewerbsrecht</b>
Wirtschaftsstrafrecht

## Verschärfung des Kartellrechts

**Das Bundesgericht hat im kürzlich publizierten Leitentscheid in Sachen Gaba/Gebro festgehalten, dass harte Wettbewerbsabreden (d. h. Abreden zwischen Wettbewerbern betreffend Preise, Mengen, Gebiete bzw. Geschäftspartner sowie Abreden im Vertrieb betreffend absoluten Gebietsschutz und Preisbindung der zweiten Hand) den Wettbewerb grundsätzlich erheblich beeinträchtigen. Kann ein Unternehmen keine Rechtfertigungsgründe der wirtschaftlichen Effizienz nachweisen, werden – unabhängig von Marktanteilen, der Umsetzung oder den tatsächlichen Auswirkungen der Abrede – massive Sanktionen ausgesprochen.**

### Einleitung

Das Kartellgesetz bezweckt, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern. In der Praxis bestand über lange Zeit Unklarheit darüber, welchen Stellenwert die «schädlichen Auswirkungen» bei der Prüfung der Zulässigkeit von Kartellen einnehmen sollen. In der Schweiz wurde diese Diskussion über den Begriff der «erheblichen» Wettbewerbsbeeinträchtigung geführt. So wurde vom überwiegenden Teil der Lehre sowie auch von der Wettbewerbskommission («Weko») die Auffassung vertreten, dass sich eine Abrede nur dann erheblich negativ auf den Wettbewerb auswirkt, wenn dies gewisse Marktindikatoren (z. B. Marktanteile) nahelegen.

Dieses Vorgehen hatte den Vorteil, dass volkswirtschaftlich schädliche staatliche Interventionen aufgrund der Prüfung der praktischen Auswirkungen einer Abrede vermieden werden konnten. Gerade bei Abreden innerhalb einer Vertriebskette (sog. vertikalen Abreden, z. B. zwischen Hersteller und Händler) liegen negative Auswirkungen aus ökonomischer Sicht oft nicht auf der Hand. Daher wäre an sich ein vorsichtiges Eingreifen der Weko angezeigt. Trotzdem hat das Bundesgericht gerade in Bezug auf solche vertikale Abreden den Auswirkungsansatz abgeschafft, was zu einer bedeutenden Verschärfung des Kartellrechts führt.

### Zugrundliegender Sachverhalt

Gaba entwickelt und vertreibt Zahnpflegeprodukte der Marke Elmex. Mit Ausnahme von Österreich vertreibt Gaba in den an die Schweiz angrenzenden Ländern diese Produkte direkt über eigene Tochtergesellschaften. Gaba übertrug Gebro das Recht, Elmex-Produkte in Österreich herzustellen und zu vertreiben (Lizenz). In dem von 1982 bis 2006 geltenden Vertrag war vereinbart worden, dass Gebro weder direkt noch indirekt Exporte in andere Länder vornehmen darf. Der durchschnittliche Einstandspreis der Zahnpaste Elmex rot war in der Schweiz signifikant höher als im umliegenden Ausland, wobei immerhin Spar Elmex rot parallel in die Schweiz importierte. Die Weko qualifizierte das Exportverbot als absoluten Gebietsschutz in Bezug auf die Schweiz und auferlegte Gaba 2009 eine Sanktion von rund CHF 4,8 Mio. Das Bundesverwaltungsgericht bestätigte diese Sanktion 2013.

### Entscheid des Bundesgerichts

Auch das Bundesgericht stützte den Entscheid der Weko im Rahmen einer mündlichen Urteilsberatung am 28. Juni 2016. Seit dem 21. April 2017 liegt nun die schriftliche Begründung vor (2C\_180/2014).

Zunächst erörtert das Bundesgericht die Bedeutung des Auswirkungsprinzips im Schweizer Kartellrecht. Entscheidend für die Anwendung des Kartellge-

Wenger & Vieli AG  
Dufourstrasse 56  
Postfach  
CH-8034 Zürich

Büro Zug  
Metallstrasse 9b  
CH-6300 Zug

T +41 (0)58 958 58 58  
spotlight@wengervieli.ch  
www.wengervieli.ch



**MICHAEL TSCHUDIN**  
DR. IUR.; RECHTSANWALT  
m.tschudin@wengervieli.ch  
T +41 (0)58 958 53 36



**URS WEBER-STECHER**  
DR. IUR.; LL.M.; RECHTSANWALT  
u.weber@wengervieli.ch  
T +41 (0)58 958 53 62



**FRANK SCHERRER**  
DR. IUR.; LL.M.; RECHTSANWALT  
f.scherrer@wengervieli.ch  
T +41 (0)58 958 53 22



**SPOTLIGHT ALS PDF:**  
[http://www.wengervieli.ch/  
Publications/Spotlights.aspx](http://www.wengervieli.ch/Publications/Spotlights.aspx)

Disclaimer: Die in diesem Schreiben enthaltenen Informationen dienen allgemeinen Informationszwecken und stellen keine rechtliche oder steuerliche Beratung dar. Im konkreten Einzelfall kann der vorliegende Inhalt keine individuelle Beratung durch fachkundige Personen ersetzen. © Wenger & Vieli AG, 2017

setzes ist, ob sich ein Sachverhalt in der Schweiz auswirken kann. Eine tatsächliche Auswirkung oder eine gewisse Intensität der Auswirkung ist laut Bundesgericht nicht erforderlich. Vielmehr reicht es, wenn durch ein Verhalten mögliche Auswirkungen auf den Schweizer Markt gegeben sind. Diese weite Auslegung kann in der Praxis dazu führen, dass potentielle Auswirkungen von ausländischen Sachverhalten auf den Schweizer Markt (bspw. Klauseln in Verträgen zwischen ausländischen Parteien) für eine Sanktionierung in der Schweiz ausreichen; die effektiven Auswirkungen spielen bei harten Kartellen keine Rolle mehr.

Der Fall Gaba wurde von Denner angestossen: Denner interessierte sich für einen Parallelimport der Zahnpasta Elmex rot aus Österreich und beklagte sich anschliessend bei der Weko. Das zwischen Gaba und Gebro vereinbarte Exportverbot wurde von der Weko als absoluter Gebietschutz (Verbot von aktiven und passiven Verkäufen) aufgefasst, weil der Import in die Schweiz durch das Exportverbot aus dem ausländischen Vertragsgebiet beschränkt wurde. Von passiven Verkäufen spricht man, wenn ein Händler unaufgeforderten Bestellungen von Kunden ausserhalb seines Vertriebsgebiets nachkommt. Vor Bundesgericht war u.a. strittig, ob eine «erhebliche Wettbewerbsbeschränkung» gemäss Art. 5 Abs. 1 KG vorlag. Dazu führte das Gericht aus, dass harte Kartelle als besonders schädliche Abreden in der Regel die Erheblichkeitsschwelle erreichen – dies unabhängig von den quantitativen Auswirkungen auf den Markt. Die tatsächliche Umsetzung der Abrede, Effekte auf den Markt oder Marktanteile der beteiligten Unternehmen müssen somit nicht geprüft und von der Weko nachgewiesen werden. Ebenfalls nicht relevant ist, wie stark der Wettbewerb seitens anderer Marken ist (Interbrand-Wettbewerb).

Demnach ist bei harten Kartellen (Art. 5 Abs. 3 und 4 KG) einzig noch das Vorliegen einer Abrede und eine allfällige Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz zu prüfen. Leider ging das Bundesgericht nicht auf mögliche Rechtfertigungsgründe ein, was in Bezug auf grundsätzlich erwünschte Typen von Kooperationen nicht zuversichtlich stimmt. Kooperationen betreffend die Rationalisierung oder die ausschliessliche Lizenzierung, welche im Gesetz explizit als Beispiele für möglicherweise gerechtfertigte Arten von Wettbe-

werbsabreden genannt werden, müssen in Zukunft Effizienzgründe im Einzelfall nachweisen. Gelingt dieser Nachweis nicht, drohen finanzielle Sanktionen in Millionenhöhe. Eine Sanktionierung kann auch nicht dadurch ausgeschlossen werden, dass die gesetzliche Vermutung, wonach harte Kartelle wirksamen Wettbewerb beseitigen, erfolgreich widerlegt wird.

Immerhin lässt das Bundesgericht Raum für weitere Rechtsentwicklung: Die aufgestellte Regel will es als Bagatellklausel verstanden haben. Somit stellt das Gericht den Entscheid, welche Wettbewerbs-



abreden untersucht werden, in das Ermessen der Weko. Leitlinien, was als Bagatell-Fall angesehen werden soll, gibt es der Behörde aber nicht auf den Weg.

### Schlussfolgerungen

Mit seinem Urteil hat das Bundesgericht das Schweizer Kartellgesetz massiv verschärft. Bei Vorliegen einer harten Kartellabrede muss die Weko keinerlei Auswirkungen der Abrede auf den Markt belegen. Es liegt an den beteiligten Unternehmen, ausreichende Gründe der wirtschaftlichen Effizienz nachzuweisen, um einer Sanktion zu entgehen.

Daher empfiehlt es sich, sämtliche Verträge mit Wettbewerbern oder innerhalb der Vertriebskette mit Wiederverkäufern unter kartellrechtlichen Gesichtspunkten insbesondere auf harte Wettbewerbsabreden hin zu prüfen, um sicherzustellen, dass kein Verstoß gegen das Kartellrecht vorliegt.

Dies gilt auch für Verträge, welche nicht unmittelbar etwas mit der Schweiz zu tun haben, sich jedoch insbesondere aufgrund von allgemein formulierten Exportverbotsklauseln auf den Schweizer Markt auswirken können.