



Urteil des Bundesgerichts im Gaba/Gebro-Fall – Verschärfung der Schweizer Kartellrechtspraxis

Das Schweizer Bundesgericht hat am 21. April 2017 sein Urteil im Fall betreffend Herstellung und Vertrieb von Elmexprodukten (Mund- und Zahnpflegeprodukte) publiziert. Die öffentliche Urteilsberatung hatte bereits am 28. Juni 2016 stattgefunden. Das Urteil äussert sich zu grundlegenden Fragen des Schweizer Kartellrechts und führt zu einer Verschärfung der kartellrechtlichen Praxis in der Schweiz, sowohl mit Bezug auf horizontale als auch auf vertikale Wettbewerbsabreden.

So ist gemäss Bundesgericht für die Frage der Unzulässigkeit und Sanktionierbarkeit gewisser, aufgrund ihres Gegenstandes als besonders schädlich qualifizierter Abreden wie Preis-, Mengen- und Marktaufteilungsabreden nicht auf die tatsächlichen Auswirkungen auf den Wettbewerb, sondern lediglich auf das formelle Bestehen der Abrede abzustellen. Demnach sind solche Abreden unzulässig und direkt sanktionierbar, es sei denn, sie können durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden. Dem im Gesetz vorgesehenen

Element der „Erheblichkeit“ der Wettbewerbsbeschränkung kommt, so das Urteil, nur die Bedeutung einer Bagatellschwelle zu, deren Höhe das Bundesgericht aber offen lässt. Ob und unter welchen Umständen die Bagatellschwelle auch bei den als besonders schädlich qualifizierten Abreden zur Anwendung gelangt, geht aus dem Urteil nicht eindeutig hervor. Zudem fallen gemäss Bundesgericht Auslandssachverhalte bereits dann in den räumlichen Anwendungsbereich der Schweizer Gesetzgebung, wenn sie das blosses Potential für eine Auswirkung in der Schweiz haben, unabhängig von der Intensität dieser Auswirkung.

Diese Rechtsprechung ist daher insbesondere auch bei der vertraglichen Gestaltung ausländischer Sachverhalte zu berücksichtigen, die bloss das Potential einer auch noch so geringen Auswirkung in der Schweiz haben wie z. B. das einem Händler auferlegte Exportverbot in einem fernen Land. Ansonsten besteht das Risiko einer Sanktionierung durch die Wettbewerbskommission (Weko).

Sachverhalt und Verfahrensgang

Die Lizenzgeberin Gaba International AG mit Sitz in der Schweiz (**Gaba**, seit 2004 Teil der Colgate-Palmolive-Gruppe) räumte der österreichischen Lizenznehmerin Gebro Pharma GmbH (**Gebro**) mittels Lizenzvertrag vom 1. Februar 1982 das Recht für die Herstellung und den Vertrieb von Elmexprodukten (Mund- und Zahnpflegeprodukte) in Österreich ein. In der Schweiz und in sämtlichen anderen an die Schweiz angrenzenden Ländern ausser Österreich trat Gaba über ihre eigenen Tochtergesellschaften am Markt auf. Der Vertrag, der bis am 1. September 2006 in Kraft war, beinhaltete eine Klausel, wonach sich Gaba verpflichtete, *„die Ausfuhr der Vertragsprodukte nach Österreich mit allen ihr zu Gebote stehenden Mitteln zu verhindern und auch selbst weder direkt noch indirekt in Österreich zu vertreiben.“* Im Gegenzug wurde Gebro verpflichtet, *„die Vertragsprodukte ausschliesslich in dem ihr vertraglich zustehenden Gebiet [Österreich] herzustellen und zu vertreiben und weder direkt noch indirekt Exporte in andere Länder vorzunehmen“.*

Mittels Verfügung vom 30. November 2009 hatte die Weko Gaba und Gebro wegen des nach Ansicht der Behörde in der erwähnten Klausel enthaltenen absoluten Verbots von Verkäufen durch Gebro in die Schweiz mit CHF 4,8 Mio. (Gaba) bzw. CHF 10'000 (Gebro) sanktioniert. Die Sanktionen sind vom Bundesverwaltungsgericht im Jahr 2013 und nun vom Bundesgericht bestätigt worden.

Wichtigste Erkenntnisse und offene Fragen

- Das Schweizer Kartellrecht ist dem internationalen Standard entsprechend auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken (Auswirkungsprinzip). Gemäss Urteil des Bundesgerichts findet das Schweizer Kartellgesetz (**KG**) auf Auslandssachverhalte bereits dann Anwendung, wenn lediglich die Möglichkeit einer Auswirkung in der Schweiz besteht. Irrelevant ist die Intensität der Auswirkung. In den räumlichen Geltungsbereich des Kartellgesetzes fällt daher insbesondere auch ein allgemeines Exportverbot, das einem ausländischen Händler irgendwo auf der Welt auferlegt wird, unabhängig davon, ob explizit ein Export in die Schweiz untersagt oder das Exportverbot tatsächlich eingehalten wird.
- Weiter äussert sich das Urteil zur seit langem debattierten Frage, wann eine *„erhebliche Beeinträchtigung“* des Wettbewerbs vorliegt. Abreden sind gemäss Kartellgesetz unzulässig, wenn sie den Wettbewerb auf einem bestimmten Markt entweder beseitigen oder ohne Rechtfertigung erheblich beeinträchtigen (Art. 5 Abs. 1 KG). Da der Wettbewerb durch eine Abrede zwar in der Regel nicht vollständig beseitigt wird, eine Rechtfertigung aber regelmässig nicht möglich ist, kommt der Frage, wann eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs vorliegt, zentrale Bedeutung zu.

- Dem Wortlaut des Gesetzes entsprechend wurden gemäss bisheriger Praxis bei der Beurteilung von Abreden neben dem Gegenstand der zu untersuchenden Abrede (qualitatives Kriterium) auch quantitative Kriterien wie Marktanteile der beteiligten Unternehmen und die tatsächlichen Auswirkungen auf den Wettbewerb berücksichtigt. Eine Unzulässigkeit setzte beide Elemente und insbesondere auch eine tatsächliche negative Auswirkung auf den Wettbewerb voraus, wenn auch dem quantitativen Kriterium bei Abreden mit wegen ihres Gegenstandes grossem Schädigungspotential weniger Gewicht beigemessen wurde.
- Das Bundesgericht beurteilt in seinem Urteil die Elemente der Erheblichkeit und der Wettbewerbsbeeinträchtigung getrennt. Dem **Tatbestandselement der Erheblichkeit** kommt gemäss Bundesgericht lediglich die Funktion einer Bagatellklausel zu. Verwiesen wird in diesem Zusammenhang auf das Kriterium der Spürbarkeit in der EU. Wo diese Bagatellschwelle in quantitativer Hinsicht liegt, wird offengelassen. Das Bundesgericht kommt jedoch zum Schluss, dass die als besonders schädlich qualifizierten Abreden (Art. 5 Abs. 3 und 4 KG) grundsätzlich bzw. in der Regel bereits aufgrund ihres Gegenstandes die Erheblichkeitsschwelle erreichen. Aufgrund der vagen Formulierung (*„grundsätzlich“*, *„in der Regel“*) bleibt aber unklar, ob und unter welchen Umständen das quantitative Element der Schwelle auch auf diese Abreden Anwendung findet.
- Als besonders schädlich qualifiziert das Bundesgericht Abreden unter Konkurrenten über Preise, Mengen oder die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern (Art. 5 Abs. 3 KG) sowie Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen (wie Hersteller und Händler) über Mindest- oder Festpreise für den Weiterverkauf oder absoluten Gebietsschutz in Vertriebsverträgen (Art. 5 Abs. 4 KG). An das Vorliegen dieser Abreden knüpft das Gesetz die widerlegbare Vermutung, dass sie wirksamen Wettbewerb beseitigen und die Androhung erheblicher Geldbussen (Art. 49a Abs. 1 KG). Angesichts der jüngsten höchstrichterlichen Rechtsprechung besteht bei diesen Abreden das Risiko, dass sie unabhängig vom Marktanteil der beteiligten Unternehmen oder der Auswirkung auf den Wettbewerb auf dem betroffenen Markt sanktioniert werden. Vorbehalten bleibt – nach gelungener Widerlegung der Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung – die Möglichkeit einer Rechtfertigung (hierzu gleich).
- Mit Bezug auf das **Tatbestandselement der Wettbewerbsbeeinträchtigung** hält das Bundesgericht fest, dass bereits das Potenzial einer Abrede zur Beschränkung des Wettbewerbs ausreicht, es also keiner konkreten Beeinträchtigung im Einzelfall bedarf. Gemäss Urteil stellt daher bereits der Abschluss der potenziell den Wettbewerb beeinträchtigenden Abrede, unabhängig von deren Umsetzung, eine Beeinträchtigung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG dar.

- Konsequenterweise kommt das Bundesgericht zum Schluss, dass der eigentliche Kern der materiellen kartellrechtlichen Prüfung einer Abrede auf die Frage beschränkt ist, ob dieselbe aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt ist (Art. 5 Abs. 2 KG). Diese Rechtfertigungsmöglichkeit steht nur bei Abreden offen, die den Wettbewerb auf einem bestimmten Markt nicht vollständig beseitigen, sondern nur erheblich beeinträchtigen. Gemäss Art. 5 Abs. 2 KG sind Abreden gerechtfertigt, wenn (i) sie notwendig sind, um Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder Ressourcen rationeller zu nützen und (ii) den beteiligten in keinem Fall die Möglichkeit eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen. Kurzum: Eine Abrede ist gerechtfertigt, wenn das durch die Abrede erzielte Resultat effizienter ist als ohne die Abrede und keine Möglichkeit zur Wettbewerbsbeseitigung besteht.
 - Dem Argument der Herstellerin (Gaba), es handle sich beim zu beurteilenden Lizenzvertrag um eine Technologietransfervereinbarung, auf die in Analogie zur Rechtslage in der EU eine andere Regelung betreffend Gebietsschutzklauseln zur Anwendung komme, entgegnet das Bundesgericht, die EU Gruppenfreistellungsverordnung betreffend Technologietransfervereinbarungen sei in der Schweiz nicht anwendbar. Dass das Bundesgericht die Spezialregelung in der EU für Technologietransfervereinbarungen weder bei der Auslegung von Art. 5 Abs. 4 KG noch im Rahmen der Rechtfertigungsmöglichkeiten unter Art. 5 Abs. 2 KG berücksichtigt, erstaunt insofern, als das Bundesgericht wiederholt auf die Vergleichbarkeit der Abredetatbestände in der EU und in der Schweiz verweist und unter anderem feststellt, dass die Schweizer Regelung betreffend Abreden über absoluten Gebietsschutz in Vertriebsverträgen derjenigen in der EU entspricht. Aus den allgemeinen Ausführungen im Urteil zur Parallelität der Schweizerischen und der Regelung in der EU ergibt sich, dass die Begründung für die Nichtberücksichtigung der Gruppenfreistellungsverordnung darin liegen könnte, dass sich das Wettbewerbsrecht der EU seit der Einführung von Art. 5 Abs. 4 KG geändert hat und dass sich Abreden wie absolute Gebietsschutzklauseln auf kleinere Länder wie die Schweiz stärker auswirken.
 - Zudem bestätigt das Urteil die von der Weko vertretene Ansicht, dass die Sanktionierung von Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG an den Abredetyp und nicht an den Umstand knüpft, dass eine Abrede wirksamen Wettbewerb beseitigt. Das bedeutet, dass bei Nachweis einer horizontalen Abrede über Preise, Mengen oder die Zuteilung von Gebieten oder Geschäftspartnern bzw. einer vertikalen Abrede über Weiterverkaufspreise oder absoluten Gebietsschutz eine Geldbusse auch dann droht, wenn die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung widerlegt werden kann.
 - Die Ausführungen des Bundesgerichts zur Sanktionsbemessung lassen die Schlussfolgerung zu, dass Compliance-Programme strafmildernd zu berücksichtigen sind, wenn der Kartellverstoss von Mitarbeitenden unterer Verantwortlichkeitsstufen verursacht worden ist.
 - Im grossen Unterschied zwischen den Bussen, die den beiden involvierten Unternehmen durch die Weko auferlegt worden sind, sieht das Bundesgericht keine Verletzung des verfassungsmässigen Rechts von Gaba auf Gleichbehandlung.
- Bei Fragen zu diesem Newsletter wenden Sie sich bitte an ein Mitglied unserer Fachgruppe Kartellrecht:
- Marquard Christen**
Rechtsanwalt, LL. M., MAS
marquard.christen@cms-vep.com
T +41 44 285 11 11
- Pascal G. Favre**
Dr. iur., Rechtsanwalt
pascal.favre@cms-vep.com
T +41 22 311 00 10
- Alain Raemy**
Rechtsanwalt, LL. M.
alain.raemy@cms-vep.com
T +41 44 285 11 11
- Patrick Sommer**
Dr. iur., Rechtsanwalt, H.E.E.
patrick.sommer@cms-vep.com
T +41 44 285 11 11



Law . Tax

Your free online legal information service.

A subscription service for legal articles on a variety of topics delivered by email.
cms-lawnow.com



Law . Tax

Your expert legal publications online.

In-depth international legal research and insights that can be personalised.
eguides.cmslegal.com

CMS Legal Services EEIG (CMS EEIG) is a European Economic Interest Grouping that coordinates an organisation of independent law firms. CMS EEIG provides no client services. Such services are solely provided by CMS EEIG's member firms in their respective jurisdictions. CMS EEIG and each of its member firms are separate and legally distinct entities, and no such entity has any authority to bind any other. CMS EEIG and each member firm are liable only for their own acts or omissions and not those of each other. The brand name "CMS" and the term "firm" are used to refer to some or all of the member firms or their offices.

CMS locations:

Aberdeen, Algiers, Amsterdam, Antwerp, Barcelona, Beijing, Belgrade, Berlin, Bogotá, Bratislava, Bristol, Brussels, Bucharest, Budapest, Casablanca, Cologne, Dubai, Duesseldorf, Edinburgh, Frankfurt, Funchal, Geneva, Glasgow, Hamburg, Hong Kong, Istanbul, Kyiv, Leipzig, Lima, Lisbon, Ljubljana, London, Luxembourg, Lyon, Madrid, Manchester, Medellín, Mexico City, Milan, Moscow, Munich, Muscat, Paris, Podgorica, Prague, Reading, Rio de Janeiro, Rome, Santiago de Chile, Sarajevo, Seville, Shanghai, Sheffield, Singapore, Sofia, Strasbourg, Stuttgart, Tehran, Tirana, Utrecht, Vienna, Warsaw, Zagreb and Zurich.

cms.law