
Auslegung von Art. 4 I und 5 III | IV KG nach Gaba

Astrid Waser, Partner

Universität Bern, 9. Juni 2017

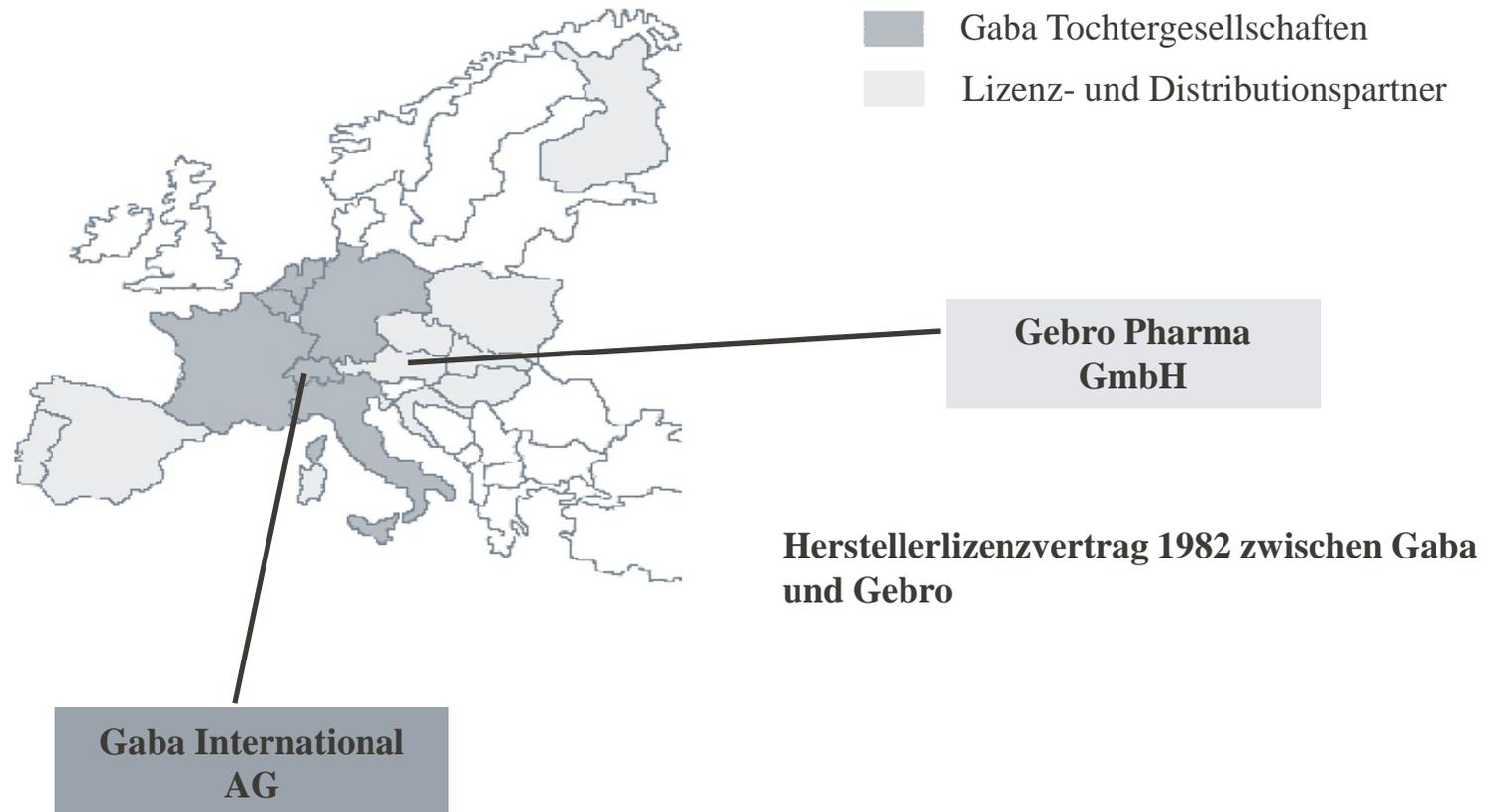
Agenda

- › Der Fall Gaba – Worum ging es?
- › Auswirkungen des Gaba-Urteils
 - Auswirkungsprinzip (Art. 2 Abs. 2 KG)
 - Begriff der Wettbewerbsabrede (Art. 4 Abs. 1 KG)
 - Wettbewerbsabreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG
 - Begriff der erheblichen Beeinträchtigung
- › Schlussfolgerungen

Der Fall Gaba – Fakten (I)

- › Herstellerlizenzvertrag 1982 (bis August 2006) zwischen Gaba und österreichischer Lizenznehmerin Gebro
 - Gebro produziert und vertreibt Elmex exklusiv in Österreich und
 - Gebro exportiert die in Österreich hergestellte Elmex nicht in andere Länder
- › Herstellerlizenzvertrag beschränkt nur Österreich, in anderen Ländern Tochtergesellschaften und Distributionspartner von Gaba

Der Fall Gaba – Fakten (II)



Der Fall Gaba – Fakten (III)

- › Gebro produziert Elmex nach österreichischen Vorschriften, welche nicht geltenden regulatorischen Vorschriften (insbesondere Beschriftung) in der Schweiz entsprachen
- › Klausel im Lizenzvertrag ohne Auswirkungen auf Schweiz:
 - kein Nachweis, dass Denner je versucht hatte, Elmex in die Schweiz zu importieren;
 - SPAR Schweiz importierte Elmex seit 2003 aus Österreich in die Schweiz;
 - kein anderer Detailhändler in der Schweiz hatte tatsächliches Interesse an Parallelimporten von Elmex; und
 - kein Nachweis, dass Gaba je den Import von Elmex verhindert hätte.
- › Verbot u.E. unter anwendbarer TTGVO in der EU freigestellt (Lizenzgeber, der erst die Produktion durch Lizenznehmer ermöglicht, muss sich nicht dem Wettbewerb seines Lizenznehmers aussetzen)

Der Fall Gaba – Fakten (IV)

- › Entscheid Weko (2009):
 - Tatsächliche und erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs in der Schweiz durch Exportverbot, Abrede nach Art. 5 Abs. 4 KG
- › Entscheid Bundesgericht (2016):
 - Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG grundsätzlich erheblich

Anwendungsbereich (I)

› Art. 2 Abs. 2 KG (Auswirkungsprinzip):

„Das Gesetz ... ist auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken“

› Bundesgericht:

- Art. 2 Abs. 2 KG hat einen weiten Anwendungsbereich

„Insofern will Art. 2 Abs. 2 KG lediglich klarstellen, dass auch Auslandsachverhalte, welche sich in der Schweiz auswirken bzw. auswirken können, unter das KG fallen“ (E.3.2.3)

- High-level Prüfung / Prüfung einer Auswirkungsintensität „nicht notwendig und auch nicht zulässig“ (E.3.7)
- KG kommt im vorliegenden Fall zur Anwendung, weil möglicher Wettbewerb in der Schweiz „unterbunden wird“ und daher „mögliche Auswirkungen“ auf den Schweizer Markt gegeben sind (E.3.4)

Anwendungsbereich (II)

- › Art. 2 Abs. 2 KG (Auswirkungsprinzip): M.E. klarer Wortlaut, erfasst nur Sachverhalte, die sich in der Schweiz „auswirken“
 - › Auswirkungen auf den Schweizer Markt müssen „vorhersehbar“ sein (BGE 127 III 219, E. 3)
 - › Bei fehlender Vorhersehbarkeit von Auswirkungen, z.B.
 - keine Importe in die Schweiz
 - keine aktuelle / geplante Tätigkeit in der Schweiz (siehe Regelung bei Joint Ventures, die keinen Bezug zur Schweiz haben)
 - grosse Distanzen
- im Interesse der Rechtssicherheit keine Anwendbarkeit KG
- › **Möglicher Ansatz: EWR / EFTA-Raum (entspräche Regelung in der EU)**

Wettbewerbsabrede (Art. 4 Abs. 1 KG) (I)

› Art. 4 Abs. 1 KG

„Als Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG gelten rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken.“

› Tatbestandselemente

- Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise (bewusstes und gewolltes Zusammenwirken)
- bezweckte oder bewirkte Wettbewerbsbeschränkung

Wettbewerbsabrede (Art. 4 Abs. 1 KG) (II)

- › Gaba befasst sich nicht mit Art. 4 Abs. 1 KG
- › Voraussetzungen von Art. 4 Abs. 1 KG müssen (weiterhin) erfüllt sein – Beurteilung / Auslegung einer konkreten „Abrede“ notwendig
- › Bundesverwaltungsgericht (Baubeschläge): *„[...] es bedarf zwischen der Abstimmung und dem entsprechenden Marktverhalten auch eines **Kausalzusammenhangs**, mit anderen Worten muss die Abstimmung ursächlich für das koordinierte Marktverhalten der Unternehmen sein.“ (E. 5.3.10.14)*

Wettbewerbsabrede (Art. 4 Abs. 1 KG) (III)

- › Marktverhalten, dass durch exogene Faktoren bewirkt wird (z.B. Preiserhöhung von Rohstoffen) oder auf eigenen unternehmensinternen Analysen beruht, kann nicht als Wettbewerbsabrede qualifiziert werden
- › Abreden, die nie praktiziert wurden / zum Tragen kamen,
 - können Kausalitätskriterium nicht erfüllen
 - erfüllen auch nicht das vom Bundesgericht erwähnte „Klima der Wettbewerbsfeindlichkeit“ (Gaba, E.5.4)
- › Kausalität kann auch dadurch widerlegt werden, dass aufgezeigt wird, dass die angebliche abgestimmte Verhaltensweise systematisch nicht eingehalten wurde (vgl. EUGH C-74 / 14 – „Eturas u.a.“, Rz. 49)

Wettbewerbsabreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG (I)

- › Anwendbarkeit von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG nur dann, wenn Voraussetzungen erfüllt sind
- › Nicht jede Abrede über Preise / Gebiete / Mengen fällt unter die Tatbestände von Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG
- › Abreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG müssen im Sinne der Rechtssicherheit **eng** ausgelegt werden
- › Gaba-Entscheid: CH Regelung (im Vertikalbereich) bezweckt eine „*gleiche sowie auch gleich scharfe und auch nicht schärfere Regelung wie diejenige der Europäischen Union*“ (E.6.2.3)

Wettbewerbsabreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG (II)

- › Daraus ist zu folgern, dass für Art. 5 Abs. 3 KG weiterhin gilt, dass
 - nur „hard-core“ Preis-, Gebiets- oder Mengenabreden unter Art. 5 Abs. 3 KG fallen können
 - Abreden, die in EU gemäss GVO oder Praxis (z.B. Leitlinien) keine „hard-core restrictions“ darstellen, können auch in der Schweiz nicht unter Art. 5 Abs. 3 KG fallen, z.B.
 - freigestellte Einkaufskooperationen
 - R&D Kooperationen
 - Vereinbarungen über die gemeinsame Produktion

Wettbewerbsabreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG (III)

- › Abreden nach Art. 5 Abs. 4 KG

„Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird auch vermutet bei Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen über Mindest- oder Festpreise sowie bei Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden.“

- › Abreden über Mindest- oder Festpreise

- andere Abreden über Preise werden nicht erfasst (z.B. reine Preisempfehlungen, Höchstpreise, die keine Mindest- oder Festpreise darstellen etc.)

Wettbewerbsabreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG (IV)

› Gebietsabreden nach Art. 5 Abs. 4 KG

„Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden.“

› Bundesgerichtsurteil

- Abreden über die Zuweisung von Gebieten / Verkäufe müssen **ausgeschlossen** werden, d.h. absoluter Gebietsschutz (E.6.3.4)
 - absoluter Gebietsschutz liegt vor, wenn passive Verkäufe in zugewiesene Gebiete direkt oder indirekt untersagt werden (E.6.3.5)
- › Andere Gebietsabreden werden nicht von Art. 5 Abs. 4 KG erfasst (könnten unter Art. 5 Abs. 1 KG beurteilt werden)

Wettbewerbsabreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG (V)

- › Daraus ist m.E. zu folgen, dass weiterhin gilt, dass
 - Abreden nach Art. 5 Abs. 4 KG nur Gebietsabreden beschlagen, die ein Gebiet „abschotten“ bzw. ein Verbot von Passivverkäufen enthalten
 - Gebietsabreden, die unter der CH - Vertikalbekanntmachung als nicht erheblich qualifiziert werden, nicht unter Art. 5 Abs. 4 KG fallen (entsprechend auch nicht unter Art. 5 Abs. 1 KG)
 - Gebietsabreden, die unter der CH - Vertikalbekanntmachung als erheblich qualifiziert werden, jedoch keine Abschottung / Verbot von Passivverkäufen vorsehen (z.B. Verbot von Querlieferungen zwischen zugelassenen Händlern in Selektivverträgen) nicht unter Art. 5 Abs. 4 fallen (allenfalls unter 5 Abs. 1 KG)
 - andere vertikale Abreden weiterhin ausschliesslich unter Art. 5 Abs. 1 KG beurteilt werden

Wettbewerbsabreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG (VI)

- › Daraus ist m.E. weiter zu folgen, dass weiterhin gilt, dass
 - Abreden, die in der EU gemäss GVO oder Praxis (z.B. Leitlinien, Fallpraxis) keine „hard-core restrictions“ darstellen, auch in der Schweiz **nicht unter Art. 5 Abs. 4 KG fallen** können, z.B.
 - vertikale Abreden, d.h. insbesondere **Lizenzverträge**, die unter der TTGVO freigestellt sind
 - vertikale Abreden, die gemäss Vertikal-GVO freigestellt sind

Wettbewerbsabreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG (VII)

- › Folgerungen für die zukünftige Praxis
 - Gemäss Bundesgericht ist eine „materiell identische“ Regelung Teil des Schweizer Rechts (im Vertikalbereich) (E.6.2.3)
 - Abreden, die in der EU nicht als „hard-core restrictions“ qualifiziert werden bzw. unter GVOs freigestellt sind, fallen auch **weiterhin** in der Schweiz nicht unter Art. 5 Abs. 3 und 4 KG (und allenfalls auch nicht Art. 5 Abs. 1 KG)
 - Prüfung hat bei der Frage der Anwendbarkeit von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG und nicht im Rahmen der Rechtfertigung zu erfolgen (Prüfung von hard-core restrictions unter Art. 5 Abs. 2 KG)

Erhebliche Wettbewerbsbeschränkung (I)

- › Wann ist eine Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 3 und 4 erheblich?
- › Bundesgericht:
 - Historische Auslegung weist auf Charakter einer „Bagatellklausel“ hin, welche durch EU Recht inspiriert sei (E.5.1.6)
 - Erheblichkeit kann mit qualitativen und quantitativen Elementen bestimmt werden (E.5.2.2)
 - Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG erreichen „**in der Regel**“ die Erheblichkeitsschwelle (E.5.2.5, E.5.3.2 „grundsätzlich“)
- › Fazit:
 - Erheblichkeit muss bei Tatbeständen von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG nicht immer erfüllt sein („in der Regel“)
 - Bagatellcharakter und Erheblichkeit im Einzelfall zu prüfen

Erhebliche Wettbewerbsbeschränkung (II)

- › Beeinträchtigung des Wettbewerbs nach Art. 5 Abs. 1 KG
- › Bundesgericht (E.5.4.2.)
 - Art. 5 Abs. 1 KG schütze nicht nur aktuellen, sondern auch potentiellen Wettbewerb
 - *„Mit Vereinbarungen und nicht erst mit der Praktizierung der Abredetypen nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG wird ein Klima der Wettbewerbsfeindlichkeit geschaffen, das „volkswirtschaftlich oder sozial schädlich“ für das Funktionieren des normalen Wettbewerbs ist.“*
 - Genüge, dass Abreden den Wettbewerb potentiell beeinträchtigen können
- › Aber:
 - Prüfung der Erheblichkeit / Beeinträchtigung erst, wenn
 - Abrede nach Art. 4 Abs. 1 KG (mit Erfordernis der Kausalität)
 - Tatbestände nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG erfüllt

Schlussfolgerungen (I)

- › Anwendungsbereich:
 - Sachverhalte, die sich (potentiell) in der Schweiz auswirken (Vorhersehbarkeit?)
 - Im Sinne der Rechtssicherheit: Beschränkt auf Verträge innerhalb EWR / EFTA
- › Voraussetzungen von Art. 4 Abs. 1 KG
 - insbesondere Kausalzusammenhang zwischen vorgeworfenem Verhalten und Marktwirkung wie bisher zu prüfen
 - bei fehlender Umsetzung einer Abrede kann Art. 4 Abs. 1 KG nicht erfüllt sein

Schlussfolgerungen (II)

- › Art. 5 Abs. 3 und 4 KG nur anwendbar, wenn Tatbestandsmerkmale erfüllt
 - enge Auslegung der Tatbestände, da sanktionsbedroht
 - Abreden, die in der EU nicht als „**hard-core restrictions**“ qualifiziert werden bzw. unter GVOs freigestellt sind, fallen auch weiterhin in der Schweiz nicht unter Art. 5 Abs. 3 und 4 KG (und allenfalls auch nicht unter Art. 5 Abs. 1 KG)
 - Prüfung bereits im Rahmen der Anwendbarkeit von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG und nicht im Rahmen der Rechtfertigung

Schlussfolgerungen (III)

- › Reduzierte Bedeutung der erheblichen Beeinträchtigung
 - Erheblichkeitserfordernis als Bagatellklausel
 - Was eine Bagatelle ist, in der Praxis zu klären
 - Erheblichkeitsprüfung im Einzelfall, da gemäss Bundesgericht nur „in der Regel“ erheblich

Kontakt



Astrid Waser

Partner

Tel: +41 58 450 80 00

astrid.waser@lenzstaehelin.com

Lenz & Staehelin

Brandschenkestrasse 24, CH-8027 Zurich



LENZ & STAEHELIN

The world's Swiss law firm

www.lenzstaehelin.com