

## 15. Debating Competition Dinner – The Young Competition Lawyers and Economists Network

Zürich, 4. Mai 2017

### Abstract – Die ‚Elmex‘-Rechtsprechung des Bundesgerichts

RA Mario Strebel, LL.M., Partner, Meyerlustenberger Lachenal

#### Einleitung

Mit seinem Urteil vom 28. Juni 2016 in Sachen GABA (2C\_180/2014) stützte das Bundesgericht das Bundesverwaltungsgericht und bestätigte insbesondere, dass Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG *grundsätzlich* erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen nach Art. 5 Abs. 1 KG darstellen.

Das Urteil ist ein ergebnisorientiertes, ein **politisches Urteil**. Sowohl seine Begründungsdichte als auch die Entstehungsgeschichte des Urteils legen diesen Schluss nahe. Erst das Bundesverwaltungsgericht kam ohne Not und selbst zur Überraschung der WEKO zum Schluss, dass sogenannte *Hardcore*-Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG, das heisst Preis-, Mengen- und Gebietsabsprachen unter Wettbewerbern sowie Preisvorgaben und absolute Gebietschutzabreden in Vertriebsverträgen, grundsätzlich erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen darstellen, ohne dass es hierfür quantitativer Elemente bedarf. Dies war neu und widersprach der höchstrichterlichen Rechtsprechung in Sachen Buchpreisbindung (BGE 129 II 18, insb. Erwägung 5.2.2 [„*sofern sie Güter mit einem wesentlichen Marktanteil betrifft.*“]). Darauf geht das Bundesgericht im GABA-Urteil überraschenderweise mit keinem Wort ein.

Das GABA-Urteil ist unter dem Titel „*bad cases make bad law*“ einzuordnen. Auch wenn das Urteilsergebnis nicht selten mit demjenigen der Beratungspraxis übereinstimmen dürfte, überzeugt die Urteilsbegründung nicht. Die Schwierigkeiten beginnen etwa dann, wenn allenfalls problematische Klauseln vereinbart, aber nie umgesetzt wurden. Sollte das Urteil des Bundesgerichts so zu verstehen sein, dass damit die Strafbarkeit des Versuchs ins Schweizer Kartellrecht eingeführt wurde, wäre dies strikte abzulehnen.

#### Einzelne kritische Anmerkungen zum Urteil

Nur schon die Ausführungen des Bundesgerichts zum **Geltungsbereich** des KG überzeugen kaum. Von „*auswirken können*“, wie das Bundesgericht es versteht, liest man im Gesetz nichts. Die vom Bundesgericht im Übrigen äusserst selektiv und einseitig zitierte Botschaft (Botschaft zum KG vom 23. November 1994, BBI 1995 I 468 [Botschaft KG I]) hält zum räumlichen Geltungsbereich fest, dass sich das KG dann auf „*extraterritoriale Sachverhalte beziehen [darf], wenn eine eindeutige Binnenbeziehung dieser Sachverhalte zum inländischen Recht besteht* [Botschaft KG I, 555]“. Darauf nimmt das Bundesgericht keinen Bezug.

Das Bundesgericht dehnt den Geltungsbereich im GABA-Urteil stark aus. Vor dem Hintergrund dieser Ausdehnung des räumlichen Geltungsbereichs ins scheinbar Unermessliche wären Leitplanken zumindest wünschenswert wenn nicht gar zwingend gewesen.

Auch die Ausführungen zur **Erheblichkeit** überzeugen nicht. Der Hinweis, dass sich aus den romanischen Begriffen „*notable*“ bzw. „*notevole*“ folgern lasse, dass „*bereits ein geringes Mass für eine Erheblichkeit genügend ist*“, erschliesst sich dem Leser nicht. Eine grammatikalische Herleitung fehlt komplett. Das unbefangene Sprachverständnis dürfte ein anderes sein. Ebenso fehlen Anhaltspunkte dazu, wann von einem *Bagatellfall* auszugehen wäre bzw. wann eine Ausnahme zu den *in der Regel* erheblichen Vermutungstatbeständen vorliegt. Gestützt auf die mündliche Urteilsberatung hätte man diesbezüglich im Urteil erläuternde Hinweise erwartet. Mit dem Bagatellvorbehalt hat das Gericht den Schweizer

Wettbewerbsbehörden ein erhebliches – *nota bene* nicht justiziables – Aufgreifermessen eingeräumt. Inwieweit dies einer rechtsstaatlich allenfalls bedenklichen, informellen Verfahrenserledigung Vorschub leistet, wird sich weisen.

Liest man die vom Bundesgericht gänzlich unbeachtete Stelle in der Botschaft, dass „eine Wettbewerbsbeschränkung nicht an sich unzulässig sein [kann und letztlich eben massgebend sei], ob die Auswirkungen einer Wettbewerbsbeschränkung volkswirtschaftlich oder sozial schädlich sind [Botschaft KG I, 535 f.]“, bleibt auch die dazu konträre bundesgerichtliche Folgerung unverständlich, wonach das KG „eine auf volkswirtschaftliche Wirkung abstellende Erheblichkeitsprüfung nicht zulässt“.

Indem das Bundesgericht in seiner Argumentation das „Klima der Wettbewerbsfeindlichkeit“ bemüht, legt es seine wettbewerbspolitische Motivation gleich selbst offen. Im Ergebnis stellen die Abredetypen gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG Beweiserleichterungen dar. Die Erheblichkeit bedarf deshalb der Einzelfallprüfung und die Schädlichkeit einer Wettbewerbsbeschränkung eines volkswirtschaftlichen Ausmasses, auch im quantitativen Sinne. Letztlich stellt dies auch das entscheidende Abgrenzungskriterium zum Kartellzivilrecht dar.

Nach Ansicht des Bundesgerichts wollte der Gesetzgeber „ohne rechtstechnisch gleich vorzugehen eine materiell identische Regelung zwischen Artikel 5 Absatz 4 KG und dem EU-Wettbewerbsrecht in Bezug auf vertikale Abreden“. Gemäss GABA-Urteil soll dies hinsichtlich der EU-Gruppenfreistellungsverordnung für **Technologietransfervereinbarungen** (TT-GVO) nicht gelten. Diese enthält jedoch auch Aspekte vertikaler Vereinbarungen. Das Bundesgericht zieht die Erwägungen der damals geltenden TT-GVO jedoch weder rechtsvergleichend noch als Auslegungshilfe bei. Dies erstaunt wenig: vor dem Hintergrund der damals geltenden TT-GVO wäre für das im GABA-Urteil gefundene Ergebnis zumindest ein wesentlich grösserer Begründungsaufwand nötig gewesen. Dies machte auch die mündliche Urteilsberatung deutlich, da man sehr wohl hätte davon ausgehen können, dass das Verhalten darunter zulässig war.

Unbefriedigend ist schliesslich auch das **Festklammern an den hohen Geldbussen**. Gerade der vorliegende Fall hätte Anlass geboten, die Sanktion aufgrund der konkreten Umstände stark zu mindern; letztere legen im Ergebnis eine geringe Vorwerfbarkeit nahe.

## Ausblick

Es ist zu erwarten, dass sich die Diskussion in Zukunft auf die Fragen verlagern wird, ob eine Abrede – insbesondere ob eine Gesamtabrede – gemäss Art. 4 Abs. 1 KG oder ein Vermutungstatbestand nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG vorliegt. Es ist zu bezweifeln, dass sich die Diskussion schwergewichtig auf die Effizienzgründe verlagern wird. In der Beratungspraxis dürften Effizienzgründe aufgrund des damit verbundenen Beurteilungsrisikos eine untergeordnete Rolle spielen. Es ist daher zweifelhaft, ob die Wettbewerbsbehörden in der Schweiz eine hinreichende Rechtssicherheit vermittelnde Verwaltungspraxis schaffen werden.

Im Sinne eines Appells sollen die Schweizer Wettbewerbsbehörden die Typen von Vermutungstatbeständen restriktiv auslegen und nicht uferlos von solchen ausgehen, wie dies in den letzten Jahren leider vermehrt zu beobachten war. Angesichts der vom Bundesgericht an anderer Stelle bemühten Wertungspalallele zum EU-Wettbewerbsrecht sollten sich die Schweizer Wettbewerbsbehörden namentlich an das Urteil des Europäischen Gerichtshofs in Sachen „Groupement des cartes bancaires“ (Urteil des EuGH vom 11. September 2014, C-67/13 P) halten, gemäss dem das Konzept der sogenannten „Object Box“ restriktiv auszulegen ist und vom Vorliegen solcher Abreden nur und erst dann auszugehen ist, wenn diese nachweislich und „by their very nature“ wettbewerbschädigend sind.