



### Weltweite Anwendung Schweizer Kartellrechts durch Grundsatzurteil des Bundesgerichts

**Nach der mündlichen Urteilsverkündung vom 28. Juni 2016 hat das Bundesgericht im Fall *Gaba* am 21. April 2017 die Begründung veröffentlicht. Die Anwendung Schweizer Kartellrechts wird darin deutlich verschärft. Unabhängig von konkreten Auswirkungen gelten bestimmte Kernbeschränkungen als erheblich und können sanktioniert werden. Dazu zählen vor allem ausländische Exportverbote, durch die Lieferungen in die Schweiz verhindert werden.**

Autor



**Dr. Gerald Brei**  
Rechtsanwalt, Partner

#### 1. Sachverhalt

Die Gaba International AG, seit 2004 Teil der Colgate-Palmolive-Gruppe, hatte 1982 der Gebro Pharma AG in Österreich eine Herstellungs- und Vertriebslizenz für Elmex-Zahnpasten erteilt. Gaba verpflichtete sich im Lizenzvertrag, die Ausfuhr der Vertragsprodukte nach Österreich zu verhindern und sie auch selbst dort nicht zu vertreiben. Gebro hingegen verpflichtete sich, die Vertragsprodukte ausschliesslich in Österreich herzustellen und zu vertreiben und weder direkt noch indirekt Exporte in andere Länder vorzunehmen.

Nach einer Anzeige der Denner AG Ende 2005, dass sie seit 2003 vergeblich versucht habe, Elmex rot in Österreich zu kaufen und zu importieren, eröffnete die Weko eine Untersuchung. Sie kam zu dem Ergebnis, dass der Lizenzvertrag eine unzulässige Gebietsabrede nach Art. 5 Abs. 4 KG enthielt und verhängte am 30. November 2009 eine Busse von CHF 4.8 Mio. gegenüber Gaba. Das Bundesverwaltungsgericht bestätigte diese Sanktionsverfügung am 19. Dezember 2013. Die von Gaba gegen dieses Urteil erhobene Beschwerde wurde vom Bundesgericht mit einer knappen Mehrheit von drei zu zwei Richtern abgewiesen.

#### 2. Die wichtigsten Urteilsgründe

**Auswirkungsprinzip.** Nach Art. 2 Abs. 2 ist das KG auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland veranlasst werden. Unklar ist, ob die Auswirkung einer gewissen Intensität bedarf. Nach Ansicht des Bundesgerichts ist die Frage zu verneinen. Entscheidend sind die einzelnen Sachnormen, nicht ein abstraktes Prinzip. Es reicht aus, wenn sich Auslandsachverhalte in der Schweiz auswirken können. Die Berücksichtigung einer Spürbarkeit ist im Rahmen von Art. 2 Abs. 2 KG nicht notwendig und auch nicht zulässig. Das Schutzgut «schweizerische Wettbewerbsordnung» ist nicht teilbar. Für Inlandsachverhalte gelten die gleichen Kriterien wie für Auslandsachverhalte.

Nach dem fraglichen Lizenzvertrag war es Gebro in Österreich untersagt, die Elmex-Zahnpasten direkt oder indirekt in «andere Länder» zu exportieren,

[eversheds-sutherland.ch](http://eversheds-sutherland.ch)  
Eversheds Sutherland auf  
LinkedIn

d.h. auch nicht in die Schweiz. Damit wird möglicher Wettbewerb in Bezug auf Elmex rot auf dem schweizerischen Markt unterbunden. Das Verhalten von Gaba und Gebro hatte mögliche Auswirkungen auf den Schweizer Markt, so dass eine Wettbewerbsabrede nach dem KG vorlag.

**Erheblichkeit.** Führt eine Abrede zu keiner Beseitigung des Wettbewerbs, so ist nach Art. 5 Abs. 1 KG zu prüfen, ob sie den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren erheblich beeinträchtigt. Nach Ansicht des Bundesgerichts sind an das Kriterium der Erheblichkeit nur geringe Anforderungen zu stellen. Es handelt sich um eine blosse Bagatellklausel.

Die Bestimmung der Erheblichkeit kann durch quantitative und qualitative Kriterien erfolgen, doch sind diese nicht kumulativ zu verstehen, sondern als kommunizierende Röhren. Ist das qualitative Element sehr gewichtig, bedarf es kaum mehr eines quantitativen Elements. Preis-, Mengen- und Gebietsabreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG beseitigen vermutungsweise den Wettbewerb. Die Widerlegung dieser Vermutung (wie im Fall *Gaba*) ändert an der Qualifikation dieser Abreden als besonders schädlich nichts. Sie sind bereits aufgrund ihres Gegenstandes erheblich und damit unzulässig, sofern sie nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz nach Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt werden können.

**Beeinträchtigung.** Es ist umstritten, welche Anforderungen an die «Beeinträchtigung» des Wettbewerbs (Art. 5 Abs. 1 KG) zu stellen sind. Gaba hatte vorgetragen, dass die fragliche Klausel gar nicht umgesetzt worden sei. Nach Ansicht des Bundesgerichts kommt es auf den tatsächlichen Eintritt einer Beeinträchtigung nicht an, sondern es reicht die Möglichkeit zur Beschränkung des (potentiellen) Wettbewerbs aus. Bereits mit Vereinbarungen und nicht erst mit der Praktizierung der Preis-, Mengen- und Gebietsabreden wird ein Klima der Wettbewerbsfeindlichkeit geschaffen, das schädlich für das Funktionieren des normalen Wettbewerbs ist.

**Relevanter Markt.** Die besonders schädlichen Abreden (Art. 5 Abs. 3 und 4 KG) erfüllen das Erheblichkeitskriterium ohne Bezug auf einen Markt. Nur wenn die Erheblichkeit (auch) aufgrund quantitativer Elemente zu bestimmen ist, wäre der relevante Markt zu ermitteln. Das Bundesgericht hat deshalb den allein strittigen räumlichen Markt nicht abgegrenzt.

**Exportverbot als absoluter Gebietsschutz.** Absoluter Gebietsschutz im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG liegt vor, wenn auch passive (d.h. nicht aktiv angestrebte) Verkäufe gebietsfremder Vertriebspartner in zugewiesene Gebiete untersagt sind. Sind nur aktive Verkäufe vertraglich verboten, handelt es sich um relativen Gebietsschutz, der nicht unter die genannte Bestimmung fällt und grundsätzlich zulässig ist. Aus dem generellen Exportverbot Gebros im Lizenzvertrag folgert das Bundesgericht einen absoluten Gebietsschutz für die Schweiz. Auch Passivverkaufsverbote in vertriebsbezogenen Klauseln anderer als Vertriebsverträge fallen unter Art. 5 Abs. 4 KG.

**Sanktionierung.** Die besonders schädlichen Preis-, Mengen- und (wie vorliegend) Gebietsabreden können nach Art. 49a KG auch sanktioniert werden, wenn die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs widerlegt werden kann. Unzulässig sind solche Abreden nach Art. 5 Abs. 1 KG, wenn sie den Wettbewerb beseitigen oder den Wettbewerb ohne Rechtfertigung erheblich beeinträchtigen.

### 3. Fazit und Ausblick

Das *Gaba*-Urteil hat weitreichende Konsequenzen. Schweizer Kartellrecht kann jetzt weltweit bei Preis-, Mengen- und Gebietsabreden zur Anwendung kommen, weil das Auswirkungsprinzip in der Lesart des Bundesgerichts keine Filterfunktion hat. Eine theoretisch mögliche Auswirkung in der Schweiz genügt. Vor einigen Jahren hatte das Sekretariat der Weko die US-Vertriebsverträge zwischen Harley-Davidson und ihren Händlern wegen des darin enthaltenen generellen Exportverbots unter die Lupe genommen. Mangels genügender Anhaltspunkte für eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung wurde die Vorabklärung 2013 eingestellt. Heute müsste Harley-Davidson hingegen damit rechnen, sanktioniert zu werden, weil es auf die tatsächlichen Marktauswirkungen nicht mehr ankäme.

In der künftigen Praxis sind noch einige Fragen zu klären. Wenn Preis-, Mengen- und Gebietsabreden generell als besonders schädlich gelten, könnten viele Verträge und Kooperationen kritisch beurteilt werden, die bisher als wettbewerbsrechtlich unbedenklich galten (z.B. Forschungs- und Entwicklungsvereinbarungen, Lizenzverträge oder gemeinsamer Einkauf). Es genügt im Prinzip, wenn (auch) Preise oder Preiselemente Gegenstand der Vereinbarung sind. Ob es Bagatellausnahmen gibt und unter welchen Voraussetzungen, ist unklar. Auch hat das Bundesgericht keine Hinweise gegeben, wo bei Abreden nach Art. 5 Abs. 1 KG die Bagatellschwelle der Erheblichkeit liegt.

Unternehmen sind jedenfalls gut beraten, ihre bestehenden Vertriebs- und sonstigen Verträge auf mögliche Exportverbote unter Einschluss passiver Verkäufe zu überprüfen. Das gilt insbesondere für alle EWR-Länder, aber auch darüber hinaus, wie der Fall Harley-Davidson zeigt. Bei der Vertragsgestaltung ist künftig die verschärfte Anwendung Schweizer Kartellrechts zu beachten, auch wenn kein direkter Bezug zur Schweiz vorliegt. Das Risiko einer direkten Sanktionierung ist mit der ausgesprochen weiten Auslegung der relevanten Bestimmungen durch das Bundesgericht im Fall *Gaba* deutlich gestiegen.

## Ihre Kontakte für Wettbewerbs- und Kartellrecht



**Dr. Gerald Brei**  
*Partner*

T: +41 44 204 90 90  
[gerald.brei@eversheds-sutherland.ch](mailto:gerald.brei@eversheds-sutherland.ch)



**Daniel Bachmann**  
*Partner*

T: +41 31 328 75 75  
[daniel.bachmann@eversheds-sutherland.ch](mailto:daniel.bachmann@eversheds-sutherland.ch)

Diese Veröffentlichung hat den Stand April 2017. Die in diesem Dokument enthaltenen Informationen sind ausschliesslich zu Informationszwecken gedacht und können keinesfalls eine angemessene Rechtsberatung ersetzen. Eversheds Sutherland AG, mit Rechtssitz in Zürich (Schweiz), übernimmt keinerlei Verantwortung für Handlungen, die gestützt auf die in diesem Dokument enthaltenen Informationen getroffen werden.

© Eversheds Sutherland 2017. Alle Rechte vorbehalten. Eversheds Sutherland ist ein globaler Anbieter von juristischen Dienstleistungen, der seine Dienstleistungen über verschiedene, voneinander unabhängige Rechtsträger erbringt. Eversheds Sutherland ist der Name und die Marke, unter der die Mitglieder von Eversheds Sutherland Limited (Eversheds Sutherland (International) LLP und Eversheds Sutherland (US) LLP) sowie die von diesen kontrollierten oder verwalteten oder mit diesen verbundenen Unternehmen sowie die Mitglieder von Eversheds Sutherland (Europe) Limited (nachfolgend je einzeln als "Eversheds Sutherland Gesellschaft" und zusammen als "Eversheds Sutherland Gesellschaften" bezeichnet) juristische oder andere Dienstleistungen für Klienten auf der ganzen Welt erbringen. Die Eversheds Sutherland Gesellschaften bestehen und sind reguliert gemäss den jeweils auf sie anwendbaren behördlichen und gesetzlichen Bestimmungen und treten unter ihrer jeweiligen Firma auf. Die Verwendung des Namens Eversheds Sutherland dient nur der Beschreibung und bedeutet nicht, dass die Eversheds Sutherland Gesellschaften eine Gesellschaft bilden oder Teil einer globalen LLP sind. Die Mandatsvereinbarung zwischen dem Klienten und der beauftragten Kanzlei ist massgebend bezüglich der Verantwortung für die Erbringung der jeweiligen Dienstleistungen an einen Klienten. Eversheds Sutherland AG, mit Sitz in Zürich (Schweiz), ist Mitglied von Eversheds Sutherland (Europe) Ltd.