

# Update

## Newsflash Februar 2016

---

### Neueste Entwicklungen zu vertikalen Abreden im schweizerischen Kartellrecht

Das Schweizer Bundesverwaltungsgericht ("BVGer") hat kürzlich zwei neue Urteile zu vertikalen Abreden gefällt. Im ersten Urteil bestätigte das Gericht seine bisherige Gaba Rechtsprechung und damit die gegen die BMW AG ("BMW") verhängte Sanktion in der Höhe von CHF 156 Mio. wegen der Behinderung von Direkt- und Parallelimporten. Demgegenüber hob es im zweiten Urteil eine Sanktion gegen die Altimum SA ("Altimum") wegen angeblicher Preisbindung zweiter Hand auf. Die zentrale Frage, ob auch in der Schweiz eine bloss "bezweckte Wettbewerbsbeschränkung" genügt, um einen Kartellverstoss anzunehmen und sanktionieren zu können, wurde in diesen Urteilen unterschiedlich beantwortet.

---

#### Bestätigung der Gaba Rechtsprechung

Im Mai 2012 hatte die Wettbewerbskommission ("Weko") gegen BMW eine Busse in der Höhe von CHF 156 Mio. wegen der Behinderung von Direkt- und Parallelimporten in die Schweiz verfügt. Gemäss Weko enthielten die EWR-Händlerverträge von BMW Exportverbotsklauseln, die es EWR-Händlern untersagten, Neufahrzeuge der Marken BMW und MINI an Kunden ausserhalb des EWR, und damit auch an Schweizer Kunden zu verkaufen. BMW habe dadurch den Schweizer Markt abgeschottet und den Wettbewerbsdruck auf die Endverkaufspreise für BMW und MINI Neufahrzeuge beschränkt. Endkunden in der Schweiz hätten somit nicht von den beträchtlichen Wechselkursvorteilen profitieren können.

BMW erhob gegen diese Verfügung Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Dieses hat mit Urteil vom 13. November 2015 die Busse der Weko gegen BMW vollumfänglich bestätigt.

Vorab führte das BVGer zum örtlichen Anwendungsbereich des Kartellgesetzes ("KG") aus, dass davon gemäss dem Auswirkungsprinzip auch Wettbewerbsverstösse, die im Ausland veranlasst wurden, erfasst sind. Es genügt, wenn sich der Wettbewerbsverstoss auf den Schweizer Markt auswirken kann. Ob sich der Wettbewerbsverstoss tatsächlich in der Schweiz ausgewirkt hat, ist nicht entscheidend. Vorliegend genügte es, dass die EWR-Händlerverträge von BMW den Verkauf von Neufahrzeugen in die Schweiz betreffen konnten.

In Bezug auf die Erheblichkeit der Abrede ging das BVGer im Ergebnis davon aus, dass Gebietsabreden (insbesondere absolute Gebietschutzklauseln) im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG *per se* als erhebliche Wettbewerbsabrede zu gelten haben ("*per se* Erheblichkeit"). Ob und wie sich solche Abreden konkret ausgewirkt haben, ist daher irrelevant und nicht zu untersuchen.

Das in den EWR-Händlerverträgen von BMW statuierte Exportverbot stellte deshalb nach Ansicht des BVGer eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung dar. Das BVGer bejahte zwar die (theoretische) Möglichkeit der Rechtfertigung aus wirtschaftlichen Effizienzgründen, doch war BMW eine solche im vorliegenden Fall nicht gelungen.

Mit diesem Urteil bestätigte das BVGer vollumfänglich seine Rechtsprechung in Sachen Gaba/Gebro, mit welcher das Konzept der *per se* Erheblichkeit zum ersten Mal etabliert wurde. Der Gaba/Gebro Fall ist zurzeit vor Bundesgericht hängig.

### **Vertikale Preisbindung: Keine *per se* Erheblichkeit**

In seinem neueren Urteil Altimum vertrat das Bundesverwaltungsgericht jedoch einen anderen Standpunkt.

Im August 2012 büsste die Weko Altimum mit einer Sanktion in der Höhe von CHF 470'000 wegen vertikaler Preisbindung. Nach Ansicht der Weko stellten die Preisempfehlungen von Altimum eine Preisbindung zweiter Hand dar, insbesondere weil Altimum zwecks Einhaltung der Preisempfehlungen auf die Händler Druck ausübte. Gemäss der Weko hatten die Händler damit keine Möglichkeit, ihre Preise autonom festzulegen.

In seinem Urteil vom Dezember 2015 hob das BVGer die Verfügung der WEKO auf. Es stellte klar, dass Preisempfehlungen nur dann eine Wettbewerbsabrede im Sinne der vertikalen Preisbindung darstellen, wenn entweder (1) eine Vereinbarung mit dem Händler vorliegt, mit welcher die Einhaltung der Preisempfehlungen akzeptiert wird, oder (2) kumulativ die Preisfestsetzungsfreiheit des Händlers eingeschränkt ist (z.B. weil der Hersteller/Generalimporteur Druck ausübt oder Anreize bestehen) und die Preisempfehlungen tatsächlich in hohem Masse befolgt werden.

Im vorliegenden Fall stellte das BVGer (im Gegensatz zur Weko) fest, dass eine Vereinbarung zur Festsetzung von Mindestverkaufspreisen nur für ca. 12% der Händler nachgewiesen werden konnte und betreffend die übrigen Händler keine solche Preisbindungsabrede bestand.

Zur zentralen Frage der Erheblichkeit hielt das BVGer in Übereinstimmung mit der bisherigen

bundesgerichtlichen Rechtsprechung und seiner Rechtsprechung in Bezug auf horizontale Preisabreden (Baubeschläge) fest, dass nicht nur qualitative, sondern auch quantitative Effekte berücksichtigt werden müssen. Bei der Beurteilung der Erheblichkeit müssen die Wettbewerbsbehörden eine Beseitigung oder erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs in den relevanten Märkten effektiv beweisen. Dabei sind nach Auffassung des BVGer die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen auf den relevanten Märkten und nicht nur die Marktanteile der Unternehmen, welche die Wiederverkaufspreise durchgesetzt haben, zu prüfen. Bei der Untersuchung der Auswirkungen sind insbesondere die Anzahl und die Bedeutung der Unternehmen, die der Preisempfehlung folgten, zu berücksichtigen. Im vorliegenden Fall konnten nach Auffassung des BVGer keine den Wettbewerb erheblich beschränkenden Auswirkungen nachgewiesen werden.

### **Unterschiedliche Aussagen zur *per se* Erheblichkeit in den Fällen Gaba/BMW und Altimum**

Das Altimum-Urteil wurde vom BVGer nur einen Monat nach dessen Urteil in Sachen BMW gefällt, mit welchem es seine Rechtsprechung in Sachen Gaba/Gebro vollumfänglich bestätigte und das Konzept der *per se* Erheblichkeit bejahte.

Letztlich geht es in diesen Entscheiden um die Frage, ob auch in der Schweiz eine bloss "*bezweckte Wettbewerbsbeschränkung*" genügt, um diese verbieten und sanktionieren zu können, oder ob dafür stets auch konkrete, den Wettbewerb beseitigende oder erheblich beschränkende Auswirkungen nachgewiesen werden müssen.

Gemäss aktueller Rechtsprechung des BVGer scheint es, dass im Falle einer vertikalen Preisbindung für deren kartellrechtliche Unzulässigkeit quantitative Effekte nachgewiesen werden müssen, während im Falle von vertikalen Gebietsabreden (z.B. der Behinderung von Parallelimporten) der Nachweis einer Vereinbarung oder abgestimmten Verhaltensweise genügt. Dieses Ergebnis kann nur schwer mit etablierten ökonomischen Prinzipien in Einklang gebracht werden. Es bleibt deshalb abzuwarten, ob und wie das Bundesgericht diesen Widerspruch in seinem Urteil in Sachen Gaba/Gebro klären wird.

**Für weitere Fragen zu diesem Thema stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.**

# Ihre Ansprechpartner

---

## Zürich

Marcel Meinhardt  
marcel.meinhardt@lenzstaehelin.com  
Tel: +41 58 450 80 00

Astrid Waser  
astrid.waser@lenzstaehelin.com  
Tel: +41 58 450 80 00

## Genf / Lausanne

Benoît Merkt  
benoit.merkt@lenzstaehelin.com  
Tel: +41 58 450 70 00

# Unsere Büros

---

## Genf

Lenz & Staehelin  
Route de Chêne 30  
CH-1211 Genève 17  
Tel: +41 58 450 70 00  
Fax: +41 58 450 70 01

## Zürich

Lenz & Staehelin  
Bleicherweg 58  
CH-8027 Zürich  
Tel: +41 58 450 80 00  
Fax: +41 58 450 80 01

## Lausanne

Lenz & Staehelin  
Avenue du Tribunal-Fédéral 34  
CH-1005 Lausanne  
Tel: +41 58 450 70 00  
Fax: +41 58 450 70 01

[www.lenzstaehelin.com](http://www.lenzstaehelin.com)

**Rechtlicher Hinweis:** Der Inhalt dieses UPDATE Newsflash ist allgemeiner Natur und stellt keine Rechtsauskunft dar. Bei Fragen zur für Sie relevanten rechtlichen Ausgangslage stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

---